

Tvisteloven kapittel 5 i lys av amerikanske prosessregler - særlig om regler for å fremme forlik



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 579
Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 17 796 ord

25.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>TVISTELOVEN KAPITTEL 5 I LYS AV AMERIKANSKE PROSESSREGLER</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og utgangspunkt	1
1.2	Problemstilling, metode og avgrensning	3
1.3	Fordeler og ulemper med forliksløsningen	4
1.4	Fremstillingen videre	8
<u>2</u>	<u>RETSSYSTEM OG -KILDELÆRE</u>	<u>9</u>
2.1	Sivilprosess og kildelære i USA	9
<u>3</u>	<u>REGLENE FOR Å REISE EN SIVIL SAK ETTER FRCP OG TVISTELOVEN</u>	<u>11</u>
3.1	Innledning	11
3.2	Demand letter som prosessuell skikk	12
3.3	Rule 11 – forhåndskontroll	13
3.4	Notice pleading – Complaint og Summons	14
3.5	Tvisteloven § 9-2 i lys av notice pleading	16
3.6	Prosessens gang – service of process og tvisteloven	17
<u>4</u>	<u>PLIKTER FØR HOVEDFORHANDLINGEN</u>	<u>19</u>
4.1	Innledning	19
4.2	Betydningen av pliktbegrepet	20

4.3	Varslingsplikten i tvisteloven § 5-2	22
4.3.1	Ingen varslingsplikt i FRCP	26
4.4	Bevisopplysning	28
4.4.1	Innledning	28
4.4.2	Plikten til å opplyse om bevis i tvisteloven § 5-3	30
4.4.3	Kort om § 5-3 i lys av FRCP	37
4.4.4	Bevisopplysning i FRCP	38
4.4.5	Innledning	38
4.4.6	Planleggingskonferansen	40
4.4.7	Rekkevidden av discovery	42
4.4.8	Del 1: Initial disclosures, expert disclosures	43
4.4.9	Del 2: Depositions, interrogatories, requests for admission	44
4.4.10	Del 3: Requests for production, pretrial disclosures	46
4.4.11	Betydningen av discovery for forliksforhandlinger	46
4.5	Forliksforhandlinger	47
4.5.1	Innledning	47
4.5.2	Plikt til å forsøke å oppnå minnelig løsning etter tvisteloven § 5-4	48
4.5.3	Rettslig pålagte forliksforhandlinger etter FRCP	52
<u>5</u>	<u>SANKSJONER VED PLIKTBRUDD</u>	<u>55</u>
5.1	Innledning	55
5.2	Sanksjoner etter tvisteloven § 20-2 og § 20-4	55
5.3	Sanksjoner etter FRCP rule 16(f) og rule 37	59
<u>6</u>	<u>SAMMENFATNING</u>	<u>62</u>
<u>7</u>	<u>REGISTER</u>	<u>63</u>
7.1	Lover	63
7.2	Forarbeider	64

7.3	Rettspraksis	65
7.4	Litteraturliste	67
7.5	Andre dokumenter	69
7.6	Møter	70
8	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>71</u>

1 Tvisteloven kapittel 5 i lys av amerikanske prosessregler

1.1 Oppgavens tema og utgangspunkt²

Når en sivil tvist fremmes for en domstol vil det primære formålet for saksøkeren være å oppnå en best mulig løsning av tvisten. En slik løsning behøver ikke innebære en domsavsigelse. Det hender også at saker avvises av retten, forlikes i retten, eller trekkes av saksøkeren. Denne avhandlingen gjelder stadiet før søksmål er iverksatt, og regler som tilrettelegger for minnelig løsning på dette stadiet.

Temaet er betydningen førprosessuelle regler kan ha for å bidra til forlik som et alternativ til tradisjonell domstolsbehandling.¹ Med førprosessuelle regler menes i denne avhandlingen regler som kommer til anvendelse før sak reises for retten, jf. tvisteloven 17. juni 2005 (tvisteloven) § 9-2. Begrepet forlik eller en forliksavtale betegner at det er oppnådd enighet i en rettslig tvist mellom to eller flere parter. I de fleste tvister er det i partenes interesse å komme til en slik enighet.

Hovedfokuset i avhandlingen er på de norske reglene i tvisteloven kapittel 5 som gjelder plikter før sak reises. Hensikten er å belyse disse reglene ved å identifisere likheter og ulikheter med amerikanske prosessregler.

I media kan man daglig lese om søksmål. Ofte gjelder dette hovedforhandlinger som pågår. Med et tidlig forlik kan partene unngå et slikt fokus. Men unntaksvis når et forlik blir offentlig kjent rettes det fokus også mot forliket, særlig i saker som anses å ha offentlig interesse. Saken om ponzi-svindelen til Bernard Madoff er interessant i denne sammenhengen.²

¹ Ristvedt og Nisja (2008) side 32.

² Madoff skandalen. I: Dagens Næringsliv 5. mars 2010.

I mars 2009 ble Madoff funnet skyldig i å ha svindlet opp mot 50 milliarder dollar i det som er blitt kjent som tidenes største ponzi-svindler (investorer ble lokket til å investere ved å bli forespeilet en eventyrlig avkastning, i realiteten var det nye medlemmers innskudd som finansierte gevinstene til de som ønsket å ta gevinsten sin ut). I etterkant av avsløringene ble det opprettet et bo som på vegne av kreditorene fremmet en rekke krav mot investorer som skulle ha blitt begunstiget urettmessig som følge av forbrytelsen. 17. desember 2010 ble det største forliket i det amerikanske rettsvesenets historie gjort offentlig da det ble annonsert at Jeffrey M. Picower aksepterte å betale 7,2 milliarder USD, eller 43,2 milliarder NOK til Madoff-boet.

I Norge annonserte Statoil 3. mars 2010 et forlik med staten. Selskapet hadde akseptert å betale 875 millioner NOK i forbindelse med et forsinket oppgjør under en garantierklæring.³

Ørsta kommune annonserte 18. januar 2011 et forlik på 100.000 NOK i etterlønn til en tidligere rådmann, i tillegg til 250.000 NOK til dekning av juridiske utgifter.⁴

De to første sakene illustrerer forlik i saker med betydelige økonomiske interesser. Den tredje saken er et eksempel på forlik i en mindre sak, men der saksomkostningene ble betydelige hensett til forlikt hovedstol. Samlet illustrerer eksemplene at forlik i aller høyeste grad er et alternativ selv om de rettslige problemstillingene og faktum kan variere stort. Forklaringen på at forlik ofte er et alternativ til tradisjonell domstolsbehandling er de store fordelene som kan ligge i forliksløsningen, disse presenteres nærmere i punkt 1.3 nedenfor.

Selv om forlik er i partenes interesse, kan selv rasjonelt handlende parter ikke alltid vite hvordan man bør opptre for å oppnå en god forliksløsning.⁵ Det hender også at parter ikke

³ Statoil forlik 875 millioner. I: Dagens Næringsliv 5. mars 2010.

⁴ Forlik i rådmannssaka. I: NRK 18. januar 2011.

opptrer rasjonelt. Derfor er prosessregler i den amerikanske føderale lovgivningen, Federal Rules of Civil Procedure (heretter ”FRCP”) og tvisteloven, utformet for å tilrettelegge for forliksforhandlinger. FRCP regulerer sivil tvisteløsning i USAs føderale domstoler.

Bakgrunnen for at avhandlingen behandler FRCP er at USA ofte betraktes som et foregangsland for alternativ tvisteløsning. Alternativ tvisteløsning er på fremvekst også internasjonalt. Som et eksempel kan det nevnes at paragraf 1 i engelske Civil Procedure Rules pre-action protocols gir uttrykk for at partene skal gjøre forsøk på inngå forlik før sak reises for domstolene.

I forbindelse med arbeidet med ny tvistelov studerte Tvistemålsutvalget betydningen som de ulike formene for alternativ tvisteløsning i USA har på forliksandelen.⁶

Tvistemålsutvalget behandlet imidlertid ikke hvordan de amerikanske reglene nærmere tilrettelegger for forliksforhandlinger.⁷

1.2 Problemstilling, metode og avgrensning

Problemstillingen for avhandlingen går ut på en fremstilling av reglene i tvisteloven kapittel 5, og å belyse disse reglene med regler i FRCP.

Utgangspunktet er at rettsregler kan tilrettelegge og gi insentiver for forlik, men at en forliksavtale i tråd med den alminnelige avtalefrihet forutsetter partenes samtykke. Med det som utgangspunkt, er det et siktemål at avhandlingen skal gi et bidrag til forståelsen av hvilke regler som fremmer forliksløsningen i sivile tvister.

Reglene som vil bli belyst fremgår av tvisteloven kapittel 5, herunder § 5-2 om varsel om krav, § 5-3 om plikt til å opplyse om viktige bevis og § 5-4 om forsøk på minnelig løsning. I tillegg vil utvalgte sanksjonsregler i tvisteloven §§ 20-2 og 20-4 bli presentert opp i mot

⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 76.

⁶ NOU 2001: 32 A, side 218.

⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 61.

den betydning de har for partenes oppfyllelse av pliktene i §§ 5-2 til 5-4. De norske reglene vil bli belyst av regler i FRCP som regulerer hvordan sak reises, om fremleggelse av bevis og om møter før hovedforhandling. Regler om sanksjoner ved brudd på bestemmelser i FRCP vil bli presentert i sammenheng med fremstillingen av de norske sanksjonsreglene.

Det er utfordrende å belyse norske regler med regler fra det amerikanske rettssystemet. Min skoloring er som studiosus juris av norsk rett. De to regelsettene anvendes dessuten i to vesensforskjellige samfunn. Rettskomparatisten John C. Reitz omtaler betydningen av in-country experience i den fremmede rettsordningen.⁸ Dette dreier seg om en forståelse for insentivene som er til stede og påvirker beslutningsprosessene i det andre samfunnet. For å forstå denne samfunnsfaktoren har jeg hatt to intervjumøter med spesialister innen amerikansk tvisteløsning, i tillegg til flere uformelle samtaler.⁹ Disse møtene har gitt verdifulle retts sosiologiske og rettskulturelle innspill. Videre har fremstillingen *How to Do Comparative Law*, Reitz (1998) gitt teoretisk veiledning. Avhandlingen er blitt til under et studieopphold i New York City. Dette oppholdet har lettet tilgangen på rettslige kilder i tillegg til forståelsen for den samfunnsmessige konteksten de amerikanske reglene virker i.

Siden reglene som vil bli behandlet er valgt på bakgrunn av sine antatte egenskaper til å bidra til forliksforhandlinger, er det på sin plass først å redegjøre for hvorfor forlik lønner seg.

1.3 Fordeler og ulemper med forliksløsningen

Å oppnå en minnelig løsning fremfor full domstolsbehandling kan innebære en rekke fordeler. En god forliksavtale vil som oftest være partsøkonomisk og samfunnsøkonomisk å foretrekke fremfor en utdratt rettslig prosess.

⁸ Reitz (1998).

⁹ Intervju med David Hille fra White & Case, og Robert L. Juceam fra Fried Frank, begge 16.november 2010.

Ristvedt og Nisja (2008) fremhever hurtigere tvisteavklaring, sammenlignet med ordinær rettergang, som den største fordelen. I tillegg til fordelene med en løsning i seg selv, vil forlik ofte innebære kostnadsbesparelser knyttet til vitneutgifter, offentlige gebyrer, engasjerte tredjemenn, og ikke minst advokatsalærer.¹⁰

En av partenes grunner for å inngå forlik, i tillegg til å unngå å måtte vente til retten berammer saken, er at det alltid vil gjenstå prosessrisiko knyttet til rettens avgjørelse. Et forlik innebærer at partene blir enige om å dele denne risikoen. I tillegg til en fordeling av risikoen knyttet til tvistesporsmål, unngår partene sakskostnadene ved en rettssak. Sakskostnader kan ofte komme opp i betydelige beløp.

I forretningsmessig sammenheng vil en videregående fordel kunne være at partene, i den utstrekning de må forvente et visst tilfang av søksmål (for eksempel erstatningskrav på grunnlag av objektivt erstatningsansvar), kan budsjettere for forlikskostnader og derved tilrettelegge for kostnadseffektive løsningsordninger.

Det er helt innledningsvis vist til at en fordel med et tidlig forlik er at det kan begrense uønsket medieoppmerksomhet. Behovet for å begrense negativ omtale vil ofte bli tillagt betydelig vekt for næringsdrivende.

Det pågående oppgjøret etter Madoff-saken har ført til betydelig offentlig omtale, også av forlikene. I 2011 har banken JP Morgan og baseballaget New York Mets som ligger i forliksforhandlinger med boet, måttet tåle betydelig negativ omtale i amerikanske medier, selv før det er avgjort at saken går til hovedforhandling.¹¹ Det er ikke offisiell informasjon om andelen forlikte krav, blant de som er fremsatt av Madoff-boet. Per 9. februar 2011 hadde Madoff-boet ifølge nettsiden madofftrustee.com fremsatt 16,518 krav, hvorav 16,263 var avgjort. Det har imidlertid vært minimal pressedekning om rettsforhandlinger knyttet til disse kravene, og en troverdig forklaring er at kravene er blitt forlikt.

¹⁰ Ristvedt og Nisja (2008) side 36.

¹¹ Ukjent journalist, Madoff-skandalen. I: Forbes, 2.februar 2011, NY Post 2.februar 2011.

I en del samarbeidsforhold vil hensynet til partenes fremtidige relasjoner ofte tale for en utenrettslig løsning.¹² Typisk, i langvarige leveranseavtaler eller ved entrepriser, der det kan ta flere år fra oppstart til ferdigstilling. Ristvedt og Nisja (2008) fremholder at selv et mislykket forsøk på minnelig løsning kan øke partenes forståelse for argumentene i saken, og derved muligheten for å foreta en riktigere vurdering av prosessrisikoen. Dette hevder de at kan øke muligheten for et forlik før eller under hovedforhandlingen. En kan også oppnå at kravet før hovedforhandlingen blir mer spisset, ved at enkeltkrav blir forlikt.

Foruten de direkte økonomiske kostnadene med en rettslig prosess, vil den ofte kreve betydelige ressurser. En eller flere personer hos partene kan i perioder måtte dedikeres til heltidsarbeid med rettssaksforberedelser. Dette kan skade inntjening og fokuset på det disse normalt arbeider med.¹³ For en kunnskapsbedrift kan denne belastningen bli betydelig og etter omstendighetene fatal. Usikkerheten kan svekke bedriftens leved grunnlag gjennom å dempe kreativitet, tilfanget av nye klienter og muligheter for å planlegge for fremtiden.

En annen fordel med forlik er at jussen strengt tatt ikke behøver å være den avgjørende faktoren. I forhandlinger står partene fritt innenfor grensen av alminnelig avtalefrihet til å avtale hva som helst.¹⁴ Forliksløsningen innebærer dessuten at partene står fritt til å løse uenighet om faktum, som ofte er det mange tvister virkelig dreier seg om.

I spesielle saker kan det dessuten forekomme at politiske eller andre interessekrefter involverer seg for å legge press på partene til å inngå forlik. I Baldersaken, kjent som norgeshistoriens lengste rettssak, kom det frem i hovedforhandlingen at den daværende oljeministeren hadde oppfordret partene til å inngå forlik.¹⁵ Baldersaken er også illustrerende for de omfattende kostnadene et forlik kan spare partene for. Etter 20 måneder

¹² Ristvedt og Nisja (2008) side 35.

¹³ *ibid.*

¹⁴ *ibid.*

¹⁵ TSTAV-1998-401.

i retten ble saksøkeren tilkjent 534 millioner kroner. Mens partenes sakskostnader endte på nærmere en halv milliard, hvorav 18 millioner kroner gjaldt kopikostnader.¹⁶

Partenes økonomiske besparelser ved forlik, reflekteres ved samfunnsmessige besparelser gjennom at domstolenes sakstilfang reduseres. Et håndterbart sakstilfang bidrar til et effektivt domstolsapparat og til opprettholdelse av tilliten til domstolsapparatet. På denne måten kan domstolene raskere håndtere viktige områder som straffesaker, andre tvangssaker og barnefordelingssaker.

En generell betenkelighet med forliksløsningen er at alternativ tvisteløsning ikke er underlagt kontroll, og kan åpne for at en av partene begunstiges på en urimelig måte overfor motparten.¹⁷ Forlikssavtaler i likhet med avtaler i forretningslivet for øvrig, er imidlertid underlagt alminnelige avtalerettslige regler og kan bli gjenstand for revisjon eller tilsidesatt som ugyldige. En forlikssavtale som er resultatet av en ubalanse i tilgangen til opplysninger kan også gi uheldige utfall, uten at det nødvendigvis gir grunnlag for etterfølgende revisjon. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) omtales betydningen av alternative tvisteløsningsmetoder for å sikre at forlik inngås på et bedre og tryggere grunnlag.¹⁸ Forlik inngått etter reglene i tvisteloven kapittel 6, 7 og 8 kan også gi en viss kvalitetssikring.

Forlik på grunn av risikoaversjon, ubalanse i ressurser, og press på partene om rask avklaring, kan imidlertid være uheldig ut i fra en etisk betraktning. Regler som øker presset på partene til å forlike er derfor ikke nødvendigvis et ubetinget gode.

Det er også viktig å være oppmerksom på at ikke alle tvister egner seg for forlik. Saker om lovligheten av myndighetsinngrep egner seg sjeldnere for forlik. I saker der partene har en egeninteresse i rettsavklaring, vil forlik heller ikke være en tilfredsstillende løsning. I den såkalte Støvlettdommen i Rt. 2006 side 179 var det partshjelperne NHO og Forbrukerrådet

¹⁶ NTB, Smedvig den store taperen i Balder-saken. I: Offshore. 30. juli 2003.

¹⁷ Mercer (2006) side 4.

¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 61.

som hadde interesse i en rettsavklaring. Spørsmålet var om en forbrukerkjøper måtte finne seg i at selger utbedret fremfor å omlevere etter at den ene hælen på støvletten hadde knekt.

Det er grunn til å gjenta utgangspunktet: Det er opp til partene å inngå forlik eller nekte å akseptere forlikstilbud. I stedet for økonomisk oppreisning kan saksøkeren være ute etter personlig oppreisning, eller en annen forestilling om rettferdighet. I slike saker vil ikke et tilbud om økonomisk oppreisning tilfredsstille saksøker, og vedkommende vil i sin fulle rett kunne ta i bruk rettssystemet for å få prøvet sin sak.¹⁹ Dette kan imidlertid medføre en risiko for sakskostnadsansvar og andre negative virkninger av å fremme et søksmål som kunne vært forlikt.

1.4 Fremstillingen videre

I del 2 presenteres rettskilder og metode. I del 3 gis en kort presentasjon av hvordan sak reises i de to rettsordningene. Mens i del 4 behandles først plikter før sak reises i tvisteloven, før nærmere utvalgte plikter i FRCP.

Fremstillingen i del 4 er inndelt slik: 1) opplysning av krav og grunnlag, 2) opplysning av bevis, og 3) forliksdrøftelser.

I del 5 presenteres norske sanksjonsregler som gjelder ved brudd på pliktreglene i del 4, før en kort presentasjon av de amerikanske sanksjonsreglene. Til slutt angis noen konkluderende hovedlinjer i en sammenfatning.

¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 60.

2 Rettssystem og -kildelære

2.1 Sivilprosess og kildelære i USA

I USA er domstolssystemet inndelt i et statlig og et føderalt nivå. Denne todelingen skiller seg fra det norske systemet, men er naturlig siden statene er selvstendige.

FRCP inneholder de føderale lovreglene om sivil tvisteløsning. Føderal lov er lov vedtatt av kongressen. I tillegg har statlige domstoler adgang til å fastsette egne regler for lokale domstoler. Praktiserende advokater må følgelig holde seg oppdatert på lokale regler som gjelder i domstolen hvor saken reises, i tillegg til den føderale prosesslovgivningen. Statlig særregulering er imidlertid ofte svært lik eller identisk med reglene i FRCP. Av denne grunn er det FRCP som behandles i denne avhandlingen.

Det følger imidlertid av FRCP rule 1 at de føderale domstolenes jurisdiksjon er begrenset til visse saker. For denne avhandlingen er det tilstrekkelig å være oppmerksom på at direkte anvendelse av reglene i FRCP krever at et særskilt grunnlag er tilstede.

Vedlegg 1 gir en oversikt over organiseringen av det føderale domstolssystemet. For eksempel vil en føderal sak som reises i staten Maine bli hørt for District Court for the District of Maine, før en eventuell anke bringer den inn for Court of Appeals for the First Circuit. En anke av denne avgjørelsen vil føre saken inn for United States Supreme Court i Washington D.C. (Supreme Court) som den høyeste rettsinstansen.

Amerikansk rett bygger på rettstradisjonen common law og er i større grad domstolsskapt enn norsk rett som bygger på rettstradisjonen civil law. Dette innebærer at det er visse forskjeller mellom rettskildelærene i USA og i Norge. Siden FRCP er lovfestet er den praktiske betydningen av de rettskildemessige forskjellene av mindre betydning for denne avhandlingen.

Blant de amerikanske rettskildene er FRCP den mest sentrale. Den rettskildemessige vekten kan sammenlignes med norsk lovtekst. Tolkningen av regelverket tar også

utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. Rettsavgjørelsene fra Supreme Court kan gi viktige tolkningsbidrag. Avgjørelser fra Court of Appeals tillegges betydelig vekt i saker der det ikke er relevante avgjørelser fra Supreme Court. Mens vekten av avgjørelser fra District Court kan sammenlignes med vekten av norske tingrettsdommer.

I tillegg er såkalte notes, utarbeidet av the advisory committee on the federal rules of civil procedure (heretter ”noter”), en viktig rettskilde ved tolkningen av FRCP. Notene inneholder kommentarer til hvordan den prosessuelle lovgivningskomiteen mente at de ulike bestemmelsene skulle tolkes. Den rettskildemessige vekten av notene er sammenlignbar med vekten av norske forarbeider.

Juridisk litteratur regnes som en sekundær rettskildefaktor som kommentar til lovgivning eller rettsavgjørelser. Den rettskildemessige vekten er sammenlignbar med vekten av norsk juridisk litteratur. Blant autoritetene som det særlig vil bli referert til i avhandlingen er Maurice Rosenberg, Lawrence Dessen og Joseph Glannon. Særlig Glannon er ansett som en viktig autoritet på amerikanske juridiske læresteder. Det er inntatt fullstendige henvisninger i litteraturlisten.

Det er diskutert blant teoretikere om notene utarbeidet av den prosessuelle lovgivningskomiteen skal regnes som en sekundær eller som en primær rettskildefaktor. Generelt legger domstolene notene større vekt enn juridisk litteratur. Hertil kommer at komiteen bak notene består av respekterte rettsteoretikere og praktiserende jurister. I tillegg til at komiteens forslag gjennomgår en ratifikasjonsprosess som minner om norsk lovgivning, før de eventuelt blir vedtatt av kongressen som lov.²⁰ Dersom notene har høy juridisk kvalitet, er forfattet av viktige autoriteter, og komiteen var enstemmig i sin anbefaling, kan de tillegges betydelig vekt.

²⁰ [Uscourts.gov](http://uscourts.gov) (2011).

At FRCP har gjennomgått flere revisjoner, siden loven trådte i kraft i 1938, innebærer at lovens alder ikke nødvendigvis svekker den rettskildemessige betydningen. Men det er ofte behov for å undersøke rettspraksis som kan utfylle loven.

Tvisteloven er på sin side forholdsvis ny og mange av spørsmålene er positivt regulert.²¹ Forarbeidene til tvisteloven er av god kvalitet og kan tillegges relativt stor vekt ved tolkningen av loven. Det foreligger allerede en del rettspraksis, selv om kvaliteten er varierende. Juridisk litteratur holder også høy kvalitet, men tvisteloven kapittel 5 fremstår ikke så langt å ha vært grundig analysert.

Før fremstillingen i del 4 går over til å belyse de utvalgte bestemmelsene i tvisteloven kapittel 5 med utvalgte regler i FRCP, er det behov for å fremstille forskjellene på å reise sak etter henholdsvis tvisteloven og FRCP. Dette skyldes at tvisteloven og FRCP i systematikk, og innhold, er lagt opp svært ulikt.

3 Reglene for å reise en sivil sak etter FRCP og tvisteloven

3.1 Innledning

Hensikten med å fremstille forskjellene på hvordan sak reises er å gi en forståelse for de strukturelle forskjellene på de to prosessordningene.

På tidspunktet da sak reises etter reglene om dette i FRCP, skal partene etter tvisteloven kapittel 5 jf. § 5-1, allerede ha oppfylt en rekke plikter før sak kan reises. Disse reglene behandles i del 3. FRCP på sin side pålegger ikke partene noen plikter før sak kan reises. Det er imidlertid en ulovfestet prosessuell skikk at den som vurderer å reise et søksmål, først sender et demand letter. Som det vil fremgå har innholdet i denne skikken en rekke

²¹ Robberstad (2009), side 56.

likheter med plikten til å fremsette varsel om krav og grunnlag i tvisteloven kapittel 5, men den er altså ikke lovfestet.

3.2 Demand letter som prosessuell skikk

Den ulovfestede praksisen med demand og denial letter går ut på at søksmålspretendenten sender et brev til motparten før det eventuelt reises søksmål.²² I brevet blir mottakeren varslet om et rettslig krav og det resultatet som kreves. Praksisen er motivert ut i fra partenes ønske om å få løst saken i minnelighet og minner om den tidligere skikken for varsling av krav i norsk prosess, før denne ble lovfestet i tvisteloven §§ 5-2 og 5-3.

En fordel med lovfestingen i tvisteloven kapittel 5 er at ikke-oppfyllelse er sanksjonerbar. En unnlatelse av å sende demand letter er bare unntaksvis sanksjonerbart i de sakstyper der plikten er lovfestet. Et eksempel er ved forbrukerkrav i henhold til bestemmelsen i Massachusetts Consumer Protection Act 93A.

Det hender også at det vedlegges et forslag til forlik med et demand letter, og et utkast til en complaint som vil bli sendt hvis forlik ikke oppnås.²³ Ifølge Dessem vil et demand letter ofte forutsette at sak blir reist hvis det ikke oppnås forlik innen en angitt frist. En motivasjon bak å reise sak kan da være å unngå å miste troverdighet før eventuelle forliksforhandlinger. Et demand letter og en vedlagt complaint bør derfor forberedes grundig for at motparten skal ta kravet på alvor.²⁴ På den måten har brevet en dobbelt funksjon. Som invitasjon til forliksforhandlinger, og signal om at søksmålet er alvorlig ment.

I praksis leder demand letter ofte til forliksforhandlinger. Hvis motparten derimot velger å avvise kravet, sendes det gjerne et denial letter. Et slikt brev kan avhengig av utformingen gi søksmålspretendenten en indikasjon på hvilket forsvar motparten vil komme med. Det

²² Mauet (2008) side 112.

²³ Se lovforslaget Proposition 202, Lawyer Contingent Fee Limitation Act.

²⁴ Dessem (2007) side 114.

gjelder altså ikke lovfestede plikter i amerikansk prosess som pålegger partene å avklare krav og tvistesporsmål før sak reises. Praksis går likevel ut på at partene varsler hverandre på en måte som minner om det som følger av tvisteloven kapittel 5.

3.3 Rule 11 – forhåndskontroll

Dersom demand letter ikke fører frem, eller påfølgende forliksforhandlinger mislykkes, følger fremgangsmåten for å reise sak etter FRCP av reglene om complaint i rule 8, 9 og 10. Før sak kan fremmes følger det imidlertid av rule 11 Representations to the court; Sanctions, at advokatene skal gjennomføre visse forundersøkelser før fremsettelse av prosesskriv.

Rule 11 nedlegger forbud mot å fremsette prosesskriv for uredelige formål, for eksempel bevisst å reise en grunnløs sak. Et viktig formål med regelen er å unngå såkalt ”frivolous litigation”, altså ubegrunnede søksmål. Dette er også en del av formålet med tvisteloven kapittel 5, ved å bidra til å klarlegge tvister på et tidlig tidspunkt kan man motvirke at det fremmes håpløse søksmål.²⁵

Etter rule 11(c) kan retten sanksjonere, ”any attorney, law firm, or party that violated [rule 11] or is responsible for the violation”. Retten er altså gitt adgang til å sanksjonere advokaten, advokatfirmaet eller parten selv. Hensikten er ifølge noten å sanksjonere den som står bak regelbruddet, enten dette er advokaten eller parten.²⁶ Sanksjonen etter rule 11(c)(4) er at det ilegges bot.

Det materielle kravet etter rule 11(b), jf. (a) er at hvert prosesskriv skal signeres av minst én advokat, eller parten personlig, som derved bekrefter ”to the best of the person's knowledge, information, and belief, formed after an inquiry reasonable under the circumstances”. Ordlyden gir uttrykk for at det gjelder en redelighetsplikt og en plikt til å

²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 376.

²⁶ Notes Advisory Committee (1993) rule 11.

gjøre rimelige undersøkelser. Ved sin signatur bekrefter advokaten ovenfor retten, at de fremsatte faktiske påstandene, ”have evidentiary support”, eller ”will likely have evidentiary support after a reasonable opportunity for further investigation or discovery”. Advokaten må altså gå god for at påstandene har bevismessig støtte eller vil ha bevismessig støtte etter en rimelig mulighet for videre undersøkelser, typisk gjennom discovery (bevisavklaringsregler). Ifølge Glannon trenger ikke undersøkelsene å være ferdigstilt, men det må foreligge et visst faktisk og rettslig grunnlag, ut over rene oppfatninger eller spekulasjoner for kravet.²⁷

Kjernen i regelen er at prosesskriv ikke skal fremsettes for uredelige formål. Ifølge noten har imidlertid ikke regelen blitt særlig strengt praktisert.²⁸ Tilhengere av sivilprosessuell reform i USA hevder at en innstramming av bestemmelsen er nødvendig for å gjøre den effektiv.²⁹ Rule 8 som vil bli omtalt under, og rule 11 uttrykker to sider av samme sak. Rule 8 angir krav til utformingen av en complaint, mens rule 11 gjelder krav til motivasjonen bak.

3.4 Notice pleading – Complaint og Summons

Sak reises etter FRCP rule 3, “by filing a complaint with the court”. Ordlyden legger opp til at den som vil iverksette et søksmål må fremsette et varsel.

Det følger videre av rule 4(b) at saksøker ”on or after filing the complaint”, altså samtidig med eller etter fremsettelse av complaint, kan fremsette en summons for retten. I tillegg følger det ofte av lokale regler at søksmålspretendenten skal fylle ut et opplysningsskjema og betale et saksbehandlingsgebyr.

I det følgende fremstilles det sentrale kravet til hva en complaint må inneholde, og en kort forklaring om summons.

²⁷ Glannon (2008) side 646.

²⁸ Fed. R. Civ. advisory committee’s note (1983) rule 11.

²⁹ House Committee Report (2005-2006).

Det materielle innholdskravet til en complaint fremgår av rule 8(a)(2), ”a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief [...]”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at en complaint skal inneholde en kort og enkel uttalelse om kravet som begrunner et rettslig krav. Innholdskravet fremstår umiddelbart mer moderat enn innholdskravet til stevningen etter tvisteloven § 9-2. Når FRCP erstattet den tidligere prosessloven Field Code i 1938, innebar de nye reglene om såkalt notice pleading, eller forenklet prosesskrift, en drastisk forenkling av formkravene til prosesskriv. Ifølge Rosenberg bidro det forenklete prosesskriftet betydelig til moderniseringen av den føderale tvisteløsningen i USA.³⁰

Spørsmålet er hva som ligger i kravet til en kort og enkel uttalelse. Ifølge Supreme Courts dom i *Conley v. Gibson* (*Gibson*) fra 1957 innebar kravet at uttalelsen måtte gjøre det rettslige og faktiske grunnlaget for de fremsatte kravene “conceivable”. Altså at det var tenkelig at kravet kunne føre frem. Så lenge det fremsatte kravet ikke fremstod helt usannsynlig, var kravet oppfylt. I *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly* i 2007 (*Twombly*) var et av spørsmålene om den complaint som var fremsatt oppfylte kravet i rule 8(a)(2) jf. *Gibson*. *Twombly* avløste *Gibson* med en strengere standard som ble videreutviklet to år etter i *Aschcroft vs. Iqbal* (*Iqbal*). I *Iqbal* var spørsmålet om en statlig FBI-ansatt kunne ha objektivt ansvar for uaktsomme handlinger utført av en underordnet. Om den fremsatte complaint uttalte Supreme court at domstolen ikke behøver å akseptere, ”a legal conclusion couched as a factual allegation or naked assertions devoid of further factual enhancement”. Direkte oversatt gav retten til uttrykk at det ikke er tilstrekkelig, å fremsette rettslige standpunkt som faktiske påstander eller nakne erklæringer, uten å gi en faktisk begrunnelse. *Twombly* og *Iqbal* bidro til en innstramning i kravet til begrunnelse og en strengere standard for det prosesskrivet som reiser saken etter FRCP. Standarden innebærer at saksøker i tillegg til å fremsette rettslige krav og påstander, også må underbygge disse med faktisk argumentasjon.

³⁰ Rosenberg (1989) side 5.

3.5 Tvisteloven § 9-2 i lys av notice pleading

Etter tvisteloven reises sak med stevning. Det følger av tvisteloven § 9-2 (3) at stevningen skal ”gi grunnlag for en forsvarlig behandling av saken for partene og retten. Krav, påstand samt faktisk og rettslig begrunnelse skal være slik angitt at saksøkte kan ta stilling til kravene og forberede saken”. Sammenlignet med standarden som følger av FRCP rule 8(a)(2) jf. Iqbal så angir ordlyden i § 9-2 (3) innholdskravet på en klarere måte. Tvisteloven § 9-2 (2) bokstav e) krever i tillegg at stevningen skal angi de bevisene som vil bli ført.

Ifølge Sigurd Holter Torp er saksøktes behov for klarhet om hvilke krav som er fremmet mot ham, og hva som er grunnlaget for kravet blant de viktige hensynene stevningen skal ivareta.³¹ Stevningen skal sette saksøkte i stand til å forberede sitt forsvar.³² I tillegg skal stevningen gi de opplysningene som er nødvendige for at retten skal kunne vurdere sin domsmyndighet, forkynne stevningen, og opprette kontakt med partene under saksforberedelsen. Det fremstiller seg som at innholdskravet i tvisteloven § 9-2 (3) gir uttrykk for en høyere terskel for å reise sak, enn det som fremgår av FRCP rule 8(a)(2) jf. Iqbal.

Ifølge Dessem er den milde standarden etter FRCP uttrykk for et prinsipp om at domstolsapparatet skal være så tilgjengelig som mulig. Partene skal gå frem etter reglene om discovery for å avdekke faktum og grunnlaget for kravet.³³ Discovery omtales nærmere i punkt 4.4.6 flg., men går helt kort ut på en vid adgang til innsyn i bevisomstendigheter hos motparten.

Et perspektiv egnet til å illustrere forskjellen mellom tvisteloven og FRCP er at formålet for å reise sak etter FRCP ofte er at saksøker ved discovery skal undersøke det bevismessige grunnlaget for saken. Etter tvisteloven forutsettes faktum i større grad å være

³¹ Torp (Rettsdata), Note 414, 1.9.2010.

³² NOU 2001:32B side 746.

³³ Dessem (1997), side 82.

klarlagt når saken reises.³⁴ Dette gir til uttrykk at ulike hensyn er vektlagt og at tvisteloven og FRCP definerer domstolenes rolle i tvisteløsningen forskjellig.

En summons etter FRCP rule 4(a)(1)(D) innebærer et rettslig pålegg til motparten om å gi response til en fremsatt complaint. I praksis fyller saksøkeren ut et standardskjema der en oppgir kontaktopplysninger på saksøker og saksøkte, opplysninger om ulike frister og konsekvensene av ikke å overholde slike frister. Det er typisk en magistrate, en dommer med begrenset myndighet, som kontrollerer at skjemaet er korrekt utfylt og påfører rettens segl.

3.6 Prosessens gang – service of process og tvisteloven

Gangen i prosessen, verken etter FRCP eller etter tvisteloven kan alene utledes av lovteksten. Robberstad omtaler det å forstå prosessen ut i fra praksis og den logikk som ligger i lovens oppbygning som systemslutninger.³⁵ For forståelsen av de amerikanske reglene er det derfor nødvendig med en gjennomgang av hvordan reglene praktiseres.

Etter at partene i en norsk rettstvist har oppfylt avklaringspliktene i tvisteloven kapittel 5, og partene i en amerikansk rettstvist har utvekslet demand og denial letter, gjelder det som omtalt ulike krav til de prosesskrivene som reiser saken.

En likhet er at både complaint og stevning skal fremsettes for den domstolen saken skal reises. Etter FRCP kreves det ikke at den føderale domstolen prøver om en fremsatt complaint oppfyller kravene i FRCP rule 8 til 11. Det ligger heller ikke til domstolen å forkynne prosesskrivet for saksøkte. En rettsbetjent kontrollerer imidlertid den fremsatte summons, påfører eventuelt rettens stempel, og returnerer til saksøkerpretendenten.

³⁴ NOU 2001:32B side 747.

³⁵ Robberstad (2009) side 57.

Ifølge rule 4(m) har saksøkerpretendenten deretter en frist på 120 dager til å videresende kopi av complaint og summons til den søksmålet skal rettes mot. Det gjelder særlige regler for hvordan dette skal utføres i FRCP rule 5 Service and Filing. Det er viktig at saksøker vedlegger kopi av complaint når summons fremsettes for saksøkte, slik at denne får mulighet til å forberede et forsvar.

I likhet med tvistelovens regel om tilsvær i § 9-3 pålegger FRCP rule 8(b)(1) saksøkte å gi et "response", et svar, til saksøker på bakgrunn av den complaint som er fremsatt.

En likhet mellom prosessordningene er at fristen for tilsvær etter tvisteloven § 9-3 er "tre uker" etter mottak av stevningen. Det tilsværes fristen på "21 days" etter FRCP rule 12(a)(1). Innholdsmessig er plikten om response i rule 8(b)(1)(B) i prinsippet temmelig lik tilsværplikten i tvisteloven § 9-3, men sistnevnte er i samsvar med § 9-2 om stevning noe strengere enn den amerikanske regelen. Blant annet kreves det etter § 9-3 (3) bokstav c) at bevis som skal fremsettes "bør" angis i tilsværet. Her kommer den ulike vektleggingen av hensyn til syne. På tidspunktet som sak reises forutsetter tvisteloven at partene har en viss oversikt over bevisene. I lys av plikten til bevisopplysning i tvisteloven § 5-3 er dette logisk. Mens FRCP ikke krever at bevis legges frem før etter saksøker har mottatt response.

I likhet med tvisteloven § 9-3 skal det etter rule 8(b)(1)(A) settes frem "defenses to each claim asserted". Altså at det fremsettes eventuelle innsigelser til kravene som fremgår i den fremsatte complaint. Etter rule 8(b)(1)(B) skal saksøkte også "admit or deny the allegations". Altså godta eller avvise hver påstand. Som et tredje alternativ kan saksøkte også oppgi at han, "lacks knowledge or information sufficient to form a belief about the truth of an allegation". Det vil si at han mangler opplysninger for å enten vedkjenne eller avvise faktiske påstander. Velges det siste alternativet får det samme virkning som å avvise påstanden. Tvisteloven § 9-3 gir ikke saksøkte adgang til å avvise å ta stilling til et krav, med mindre det hevdes at kravene til stevningen ikke er oppfylt slik at saken må avvises med mindre stevningen rettes. Adgangen til å avvise å ta stilling til krav kan ses i lys av at de liberale kravene til utforming av complaint kan medføre at saksøkte får for lite opplysninger til å ta endelig stilling til kravet. Tvisteloven § 9-3 gir ikke saksøkte adgang

til å påberope mangel på opplysninger for å unngå å ta stilling til et krav i tilsvaret. De reglene som er gjennomgått i denne delen regulerer overgangen fra uformelle forhandlinger til at saken reises for retten og kommer inn i et spor mot hovedforhandling. I neste del rettes fokuset på pliktene i tvisteloven kapittel 5 og på utvalgte bestemmelser i FRCP.

4 Plikter før hovedforhandlingen

4.1 Innledning

Overskriften til dette punktet krever en klargjøring. Siden hovedfokuset for avhandlingen er plikter før saken reises i tvisteloven kapittel 5 kunne overskriften med fordel vært ”Førprosessuelle regler”. En slik overskrift ville imidlertid ikke vært dekkende for de amerikanske reglene som skal behandles. De kommer i hovedsak til anvendelse først etter at sak er reist. Overskriften ”[...] før hovedforhandling” blir dermed treffende ved å omfatte både pliktene i tvisteloven kapittel 5, og de utvalgte reglene fra FRCP som skal behandles .

Fokuset er som omtalt på betydningen reglene i tvisteloven kapittel 5 har for å tilrettelegge for forlik i lys av amerikanske prosessregler.

Hensikten med innføringen av pliktene var som nevnt å bidra til å klargjøre saker på et langt tidligere tidspunkt enn det som ofte var tilfellet tidligere.³⁶ Et formål var ifølge forarbeidene å bidra til å avlive holdningen om at saken avklares under behandlingen i tingretten. Saker som tidligere ble forlikt i løpet av saksforberedelsen skulle nå i større grad løses før saksanlegg. Reglene som trådte i kraft i 2008 er forholdsvis nye, og er ikke spesielt grundig behandlet i juridisk teori. Jeg har heller ikke sett noen undersøkelser av i hvilken grad reglene har hatt reell betydning.

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 83.

4.2 Betydningen av pliktbegrepet

At kapittel 5 ifølge ordlyden pålegger ”Plikter” gir grunn til å drøfte betydningen av at en part ikke opptrer i henhold til bestemmelsene. Spørsmålet ble drøftet i forarbeidene og flere høringsinstanser skal ha tatt til orde for at forslaget ikke reelt sett innebar plikter.³⁷ Det blir heller ikke klart ved å lese lovteksten hvilke konsekvenser brudd på pliktene vil få.

Twisteloven viser på en rekke steder til plikter, for eksempel partenes møteplikt i § 6-6, taushetsplikt i § 8-6 og rettens veiledningsplikt i § 11-5 . Det er liten tvil om at lovgiver med ”plikter” i § 8-6 (2) tilsiktet at rettsmeklere skal bevare taushet om det som fremkom i rettsmeklingen. At det ikke er angitt konsekvenser ved pliktbrudd endrer ikke at taushetsplikten kan regnes som et rettslig pålegg.

En forskjell fra de andre pliktene i tvisteloven er at kapittel 5-pliktene kommer til anvendelse før den rettslige prosessen er iverksatt, altså før domstolene blir involvert. Dersom tvisten løses i minnelighet før sak reises, involveres ikke domstolen overhodet. Det oppstår et håndhevingsvakuum siden tvisten ikke er reist for en domstol som kan håndheve eventuelle pliktbrudd.

På den annen side er ikke reglene innrettet for at partene skal kunne tvinge en motpart til å sende et skriftlig varsel (§ 5-2), til å opplyse om viktige bevis (§ 5-3) eller til å strekke seg enda lenger for å få løst en tvist i minnelighet (§ 5-4). Det dreier seg ikke om prosessforutsetninger hvor pliktbrudd kan gi grunnlag for avvisning. Prosessen går sin gang selv om pliktene ikke oppfylles.

Robberstad omtaler pliktene som førprosessuelle gjøremål.³⁸ Begrepet gjøremål bidrar imidlertid i liten grad til å klargjøre den rettslige virkningen av ikke å opptre i henhold til pliktene.

³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 81.

³⁸ Robberstad (2009) side 98.

Ifølge §§ 5-2 og 5-4 ”skal” parten utføre de angitte pliktene. Ordlyden taler for at reglene skal anses som rettslige pålegg som partene må rette seg etter. Forarbeidene angir at reglene i kapittel 5 er ”lovfesting av en plikt”. Dette taler for at bestemmelsene må tolkes på samme måte som øvrige plikter i tvisteloven som pålegger partene plikter.³⁹

Endelig følger det av forarbeidene til tvisteloven § 20-2 tredje ledd og § 20-4 c) at forsømmelse av plikter i kapittel 5 kan sanksjoneres ved at retten lempet sakskostnader over på den part som har forsømt plikter.⁴⁰ Denne sanksjonsadgangen er imidlertid som hovedregel bare aktuelt i saker som løses gjennom tradisjonell domstolsbehandling. I saker som løses utenom domstolene vil ikke reglene om sakskostnader komme til anvendelse, brudd på pliktene i tvisteloven kapittel 5 vil da gå usanksjonert. Imidlertid vil pliktbrudd i saker som går til hovedforhandling kunne sanksjoneres med sakskostnadsavgjørelsen. Problemet er at pliktbrudd i saker som ikke munner ut i en sakskostnadsavgjørelse ikke vil bli sanksjonert. Reglene om sanksjoner etter sakskostnadsreglene blir presentert nærmere i del 5.

Konklusjonen må derfor bli at betydningen av at en part ikke opptrer i henhold til pliktene i kapittel 5 er at denne kan bli ilagt sakskostnader. Behovet for at domstolene ikke lar pliktbrudd gå upåaktet, men faktisk anvender sanksjonsadgangen blir derfor sentral. I mitt arbeid med denne avhandlingen har jeg blitt kjent med at flere advokater har erfaring med at domstolene i liten grad sanksjonerer brudd på pliktene i medhold av kapittel 5.

I det følgende fremstilles pliktreglene i tvisteloven kapittel 5 og utvalgte regler i FRCP, som skissert i punkt 1.4 over. Fremstillingen er lagt opp slik at den norske regelen om varsling i tvisteloven § 5-2 behandles først, hvorefter den belyses ved en fremstilling av reglene om complaint og demand letter. Deretter fremstilles regelen om bevisopplysning i tvisteloven § 5-3, før den belyses ved en fremstilling av rule 26 om duty to disclose

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 80, Hov (2007) side 190-191.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 445.

(discovery) og rule 16 pretrial conferences, scheduling og management. Endelig fremstilles tvisteloven § 5-4.

4.3 Varslingsplikten i tvisteloven § 5-2

Tvisteloven § 5-2 (1) pålegger den som vurderer å reise søksmål å sende et skriftlig varsel til den det er aktuelt å reise sak mot før saken reises. I varselet skal det opplyses om det krav som kan bli fremmet og grunnlaget for det. Plikten gjelder både før sak bringes inn for forliksrådet, og før sak reises for tingretten, men ikke før anke til lagmannsretten eller Høyesterett. Tvisteloven § 5-2 (2) pålegger mottakeren av varselet en plikt til å svare. Ordlyden er tilnærmet identisk. Redegjørelsen nedenfor er derfor relevant for begge ledd.

Formålet med varslingsplikten er å opplyse den kravet rettes mot om muligheten for et søksmål.⁴¹ Det er et viktig poeng at varselet knytter seg til muligheten for søksmål, ettersom reglenes formål nettopp er å unngå søksmålet. Ved å varsle om de krav som kan bli fremmet er hensikten å oppnå klargjøring av tvisten og skape åpenhet mellom partene og tilrettelegge for en minnelig løsning.⁴²

Ordlyden i første punktum om at parten ”skal skriftlig varsle den det er aktuelt å reise sak mot”, retter seg mot den som skal fremme varselet. Det skal gis et skriftlig varsel om at sak kan bli reist. Etter andre punktum skal det opplyses om ”det krav” som kan bli fremmet – det naturlige er antakelig å opplyse om kravtypen og en kort redegjørelse for kravet, for eksempel om at A er eier av eiendom E, eller at A skal betale NOK x til B. Ved pengekrav skal det ifølge forarbeidene opplyses om beløpet.⁴³ Det kreves ikke at en oppgir at det er et varsel etter § 5-2 eller med lignende formulering. Men angivelsen kan ha betydning for om motparten forstår at det skal gis et svar.

⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 364.

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 377.

⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 377

Det er ikke umiddelbart klart hva som ligger i at det skal opplyses om ”grunnlaget”. Ordlyden kan tolkes både som det faktiske grunnlaget, det rettslige grunnlaget eller begge deler. Spørsmålet kan komme opp i en tvist om sakskostnader dersom det anføres at saksøkerens varsel var ufullstendig. At reglene har til formål å avklare, trekker i retning at det skal opplyses om både faktisk og rettslig grunnlag. Opplysninger om det rettslige grunnlaget kan riktignok bidra til en tilspisning av tvisten, som kan svekke mulighetene for en minnelig løsning. Dette er imidlertid ikke noe tungtveiende motargument mot å opplyse om det rettslige grunnlaget. Åpenhet er viktig for å oppnå klarhet.

Spørsmålet kan ses i lys av innholdskravet til utforming av forliksklage etter tvisteloven § 6-3 (2) d). En forliksklage skal angi en beskrivelse av de ”faktiske forhold kravet direkte bygger på”. Reglene for forliksrådsbehandling er imidlertid utformet for et råd som sjelden har særlig juridisk kompetanse og hvor behandlingen rutinemessig skjer uten advokat. Reglene er derfor ingen parallell til reglene om utforming av varsel etter § 5-2 som oftere involverer juridisk kompetanse.

Reglene om utforming av stevningen kan gi bedre veiledning. Etter tvisteloven § 9-2 (1) bokstav d) skal stevningen angi den ”rettslige begrunnelse” for kravet. At lovgiveren ikke inntok en lignende henvisning i § 5-2, taler mot å tolke ordlyden som at det også gjelder et krav om å opplyse om det rettslige grunnlaget. Forarbeidene til § 5-2 oppgir dessuten at varselet skal fokusere på det sentrale faktum:⁴⁴

”Det vil først og fremst være det sentrale faktum som gjøres gjeldende. Er den part som vil fremme kravet, representert av advokat, bør det vises til den eller de rettsregler som kravet bygger på”.

Det er rimelig at det skal opplyses om rettsregler dersom den som fremsetter varselet besitter juridisk kompetanse.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 377.

Rettskildesituasjonen gir altså ikke et opplagt svar. Lovteksten er tvetydig, hensynet til å avklare tvisten trekker i retning av at varselet skal opplyse om faktum og rettslig grunnlag. Min vurdering er derfor at selv om et rettslig grunnlag ikke er angitt, er det vanskelig å tenke seg at et varsel skal anses ufullstendig med følger for sakskostnadsavgjørelsen. Noe annet er at god prosesskikk naturligvis tilsier at man bør angi det rettslige grunnlaget så langt dette er kjent.

Bestemmelsen ble omtalt i HR-2011-1941-U. Spørsmålet var om rutiner knyttet til fakturering og oppfølging av et prosjekt, som var så mangelfulle at de svekket mulighetene for et forlik, kunne begrunne sakskostnadsansvar etter tvisteloven § 20-4 bokstav c). Ifølge ankeutvalget begrenser imidlertid anvendelsesområdet til § 5-2 og § 5-3 seg til forsømmelser under rettergangen, som altså ikke kan anvendes på forsømmelser før saksanlegget i sin alminnelighet.

I siste setning i første ledd at varselet skal ”oppfordre den annen part til å ta stilling til kravet og grunnlaget”. Varselet skal altså be motparten om å ta stilling til kravet og grunnlaget. Dette er bakgrunnen for at den annen part i annet ledd blir pålagt å ta stilling til det fremsatte kravet ”innen rimelig tid”. Den som varsler må således vente med å inngi stevningen til motparten har hatt tilstrekkelig tid til å vurdere det fremsatte kravet. Men selv om motparten ikke svarer innen rimelig tid, vil den som fremsetter varselet fremdeles være bundet av plikten i § 5-4 om å undersøke muligheten for en forliksløsning. Den som har fremsatt varsel uten å få svar vil derfor i mange tilfeller måtte forsøke å kontakte motparten igjen i forbindelse med § 5-4-plikten.

Hva som er ”innen rimelig tid” må vurderes konkret. Ifølge forarbeidene vil det bero på sakens omfang og kompleksitet og om partene har hatt forutgående kontakt.⁴⁵ Til sammenligning er frist for inngivelse av tilsvaret til forliksrådet ”to uker” jf. tvisteloven § 6-4 første ledd, og ”tre uker” for tingretten jf. § 9-3 første ledd, annet punktum.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 377.

I LH-2010-42986 var et av spørsmålene om svarfristen var tilstrekkelig lang. Svarfristen på en drøy uke ble ansett som noe kort, men ikke en mangel ved varselet. Slik dommen er formulert kan tenkes at det ble tillagt en viss vekt i saksøkerens favør at han var selvprosederende. I LB-2009-135390 var hovedspørsmålet om staten var gitt rimelig tid til å ta stilling til prosessvarselet. Saksøker hadde blitt skjønnsignet på grunn av manglende innsendt selvangivelse, men sendte senere inn selvangivelsen. Når behandlingen av denne trakk ut, prosessvarslet skattyter Skatt Øst etter tvisteloven § 5-2. Siden ligningen ble klar én uke etter at skattyter hadde inngitt stevningen, ble imidlertid saken hevet som gjenstandsløs. Det tvisten gjaldt var derfor et sakskostnadskrav. Staten hevdet at svarfrist på 8 dager ikke var tilstrekkelig for saker som gjaldt massevedtak, men fikk ikke medhold. Høyesterett forkastet statens videre anke over sakskostnadsspørsmålet.

Det er ikke dermed gitt at 8 dager alltid er tilstrekkelig. Hvis det dreier seg om en kompleks og omfattende sak, kan det forventes en lenger frist. Men selv for enkle krav vil det fremstå urimelig om fristen settes særlig kortere enn én uke. Særlig hvis mottakeren ikke er representert ved advokat.

I § 5-2 tredje ledd fremgår det at ”skriftlig varsel [...] skal være på papir”. Ordlyden oppstiller som formkrav at varselet skal være avsendt på papir, altså som brev. Formkravet kan imidlertid fravikes etter avtale, eller der partene har en ”løpende forretningsforbindelse” hvor skriftlig kommunikasjon ”vanligvis skjer elektronisk”. Ordlyden åpner for et sedvanemessig unntak når forventningen om skriftlighet ikke lenger er beskyttelsesverdig. Etter forarbeidene kreves det ikke mye før elektronisk kommunikasjon anses avtalt.⁴⁶

Loven krever heller ikke at kopi av varselet vedlegges en senere stevning. Partene vil imidlertid normalt ha egeninteresse i å fremlegge dokumentasjon hvis de hevder at motparten ikke har oppfylt sine plikter i medhold av kapittel 5.⁴⁷

⁴⁶ Ot.prp. nr. 51 side 378.

⁴⁷ Slik også Hov (2007) side 191.

4.3.1 Ingen varslingsplikt i FRCP

En karakteristisk forskjell på prosessordningene er som nevnt at mens tvisteloven pålegger partene plikter før saken reises, får FRCP anvendelse først når sak reises. Dette innebærer at det ikke er regler i FRCP som er parallelle til tvisteloven kapittel 5. Det har likevel begrenset betydning ettersom prosesskikk med demand og denial letter, omtalt over, oppfyller lignende funksjoner.

Varslingsplikten i § 5-2 har i innhold og formål flere likheter med den amerikanske prosesskikken med å sende demand- og denial letter. Det dreier seg etter begge prosessordningene om et varsel som har til hensikt å klargjøre saken med sikte på forliksforhandlinger.

Det er interessant at varsel etter § 5-2, i likhet med demand- og denial letter, ble regnet som en prosesskikk før tvisteloven. At både § 5-2-varsel og demand letter har bakgrunn som prosessuelle skikker er en indikasjon på at aktørene i begge prosessordningene har oppfattet disse ordningene som et hensiktsmessig middel for å løse tvister. Det er derfor rimelig å legge til grunn at § 5-2-varsel og demand letter har en funksjonell likhet ved å bidra til tvisteløsning. At to regler har en funksjonell likhet innebærer at de oppnår noe av det samme, uavhengig av reglenes utforming eller egentlige formål.

Det er én viktig forskjell mellom varslingsplikten i tvisteloven § 5-2 og praksisen med demand letter. Brudd på tvisteloven § 5-2 kan føre til sakskostnadssanksjoner.

Konsekvensen av å unnlate å sende demand letter er riktignok en tidligere tilspissing av tvisten ved at saken reises for retten umiddelbart, og at partene går glipp av muligheten for et tidlig forlik. Men det er ikke hjemmel for å sanksjonere unnlatelsen av å sende demand letter. Sanksjonsadgangen etter tvisteloven §§ 20-2 (3), 20-4, c) jf. 5-2 kan følgelig fremstå som en bedre løsning ved at det som utgangspunkt er egnet til å gi saksøkeren et insentiv for å fremsette et grundig og avklarende varsel i henhold til § 5-2 jf. § 5-3.

Formålet med et § 5-2-varsel om avklaring øker antakelig desto grundigere varselet blir utformet. Dersom varselet blir for omstendelig, kan det imidlertid gå i konflikt med proporsjonalitetsprinsippet.⁴⁸ Det er stevningen etter tvisteloven § 9-2 som skal forberede partene på rettssak.⁴⁹ For ikke å overbelaste kostnadsoppgaven ved oppfyllelsen av kapittel 5-plikter, bør varsel og svar derfor begrenses til relativt korte opplysningsskrift.

Det kan hende det er muligheten for kostnadsbesparelser og effektiv tvisteløsning som er partenes viktigste insentiver for å oppfylle kapittel 5-pliktene. Rettens adgang til å sanksjonere med sakskostnadsoppgaven etter tvisteloven §§ 20-2 og 20-4 er formodentlig også et insentiv av betydning, i hvert fall i den grad domstolene håndhever reglene. Sanksjonsreglene kan også gi et insentiv for advokatene ved å ha en disiplinerende funksjon, og å bidra til bevisstgjøring for de sjeldne tilfeller der en advokat har et privat ønske om å få en sak videre til hovedforhandling.

Den kanskje viktigste funksjonen med varsel etter tvisteloven og demand letter er at reglene demper konfliktnivået. Det samme kan sies om de øvrige kapittel 5-pliktene. Partene bevisstgjøres fordelene ved en tidlig løsning ved å bli ledet inn i et roligere farvann. Hvis forliksforhandlingene mislykkes settes ny kurs: Forberedelse til hovedforhandling. Som gjerne vil føre til en eskalering av tvisten.

Det er rimelig å stille spørsmål om fraværet av lovfestede sanksjoner er en svakhet med demand letter sett opp i mot formålet om å oppnå forlik. Massachusetts Consumer Protection Act 93A er et eksempel på en bestemmelse som pålegger å sende demand letter. Loven har forbrukervern som hovedformål. Hvis det ikke fremsettes varsel, tillates ikke sakene fremmet. Konsekvensen av unnlatt oppfyllelse av bestemmelsen, er altså strengere enn en sakskostnadssanksjon. Mottakeren er også pålagt å svare. Unnlattelse gir retten adgang til å ilegge saksøkte punitive damages, potensielt tredobbelt økonomisk ansvar (sammenlignet med det reelle tapet). Risikoen for betydelig økonomisk ansvar vil som

⁴⁸ Robberstad (2009) side 23.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 51 side 377.

oftest sørge for at svarplikten oppfylles. Bak den spesielle regelen ligger særlige forbrukerhensyn, og den ubalansen i ressursstyrke som ofte gjør seg gjeldende mellom en forbruker og en næringsdrivende. Behovet for sanksjoner gjør seg trolig mer gjeldende der det er en ubalanse i ressursnivå, enn der fordelene med forlik fremstår tydelig for begge parter. Da kan det være en fordel med strenge sanksjonsmuligheter.

Som regel vil partene utføre prosessvarsling i egen interesse. At reglene om prosessvarsling er ulovfestet kan også utgjøre en fordel gjennom at partene står friere til å utforme varslingen slik de anser hensiktsmessig.

I dette punktet har varslingsplikten i tvisteloven § 5-2 blitt søkt belyst med regler i FRCP som oppfyller liknende formål. At partene varsles om krav og rettslige grunnlag er likevel sjelden tilstrekkelig til å gi et fullverdig grunnlag for effektive forlikssamtaler. I det neste punktet behandles plikten til å opplyse om bevis etter tvisteloven § 5-3. Videre presenteres de amerikanske reglene om discovery som gir partene en vid adgang til innsyn i bevisomstendigheter hos motparten.

4.4 Bevisopplysning

4.4.1 Innledning

Partene vil vanskelig kunne vurdere et forlikstilbud uten også ha kjennskap til bevisene som ligger til grunn for de krav som er fremsatt.

Tvisteloven og FRCP håndterer utveksling av bevisopplysninger på systematisk ulik måte. Reglene om discovery i FRCP gir partene vid adgang til å begjære motpart eller tredjemenn om å utlevere bevisopplysninger før hovedforhandlingen. Discovery er i likhet med tvisteloven § 5-3 innrettet på å bedre partenes forståelse av sakens sterke og svake sider. Sammenlignet med de norske bevisreglene har imidlertid lovgiveren ved utformingen av

reglene om discovery lagt betydelig vekt på hensynet til materiell sannhet.⁵⁰ Hensikten er at parten skal få tilgang til og innsyn i alle bevis før hovedforhandlingen.⁵¹

Opplysningsplikten i § 5-3 må riktignok også ses i sammenheng med partenes sannhets og opplysningsplikt i § 21-4. Bestemmelsen som gjelder på ethvert stadium av prosessen, legger til partene en plikt til å sørge for at saken bli riktig og fullstendig opplyst. Plikten i annet ledd til å gi opplysninger som kan støtte motpartens sak er imidlertid underlagt en forholdsmessighetsbegrensning.⁵² Ved begjæring om bevis tilgang etter § 26-6 er kravet til å konkretisere hvilke bevisomstendigheter det begjæres tilgang på også en del strengere enn formkravene i den tilsvarende regelen i FRCP rule 34 (b). Forarbeidene presiserer at tvisteloven § 26-6 ikke er ment å åpne for en ordning med discovery/disclosure i norsk sivilprosess.⁵³ Ifølge tvistemålsutvalget bryter discovery fundamentalt med tungtveiende hensyn som taler for en tids- og kostnadseffektiv prosess.⁵⁴ Forskjellene i de to rettssystemene bygger altså på en ulik avveining av hensynene til materiell sannhet og hensynet til en tids- og kostnadseffektiv prosess.

Tvisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettssak kan også bidra til at partene får vurdere sin rettslige stilling og derved øke mulighetene for forlik.⁵⁵ Kapittel 27 inneholder lignende regler. Disse unntaksreglene har imidlertid som sentrale formål ”å sikre bevis for en fremtidig rettssak”, og faller dermed utenfor det som er tema for denne fremstillingen.⁵⁶

Det kan spørres om den videre tilgangen på bevisomstendigheter etter discovery gjør partene i amerikansk sivilprosess bedre utrustet til å foreta realistiske vurderinger av prosessrisiko og forlikstilbud enn partene i norsk sivilprosess. Min vurdering er at det er

⁵⁰ Reitz (1990), side 9.

⁵¹ NOU 2001:32A side 465.

⁵² Ot.prp. nr. 51 side 454.

⁵³ op. cit. side 468.

⁵⁴ NOU 2001:32 A. side 465.

⁵⁵ NOU B (2001) side 987, Schei (2007) side 1246.

⁵⁶ ibid.

tilfellet, og at tvisteloven § 5-3 og tvistelovens øvrige bevisregler ikke på langt nær bidrar til å forberede partenes vurdering av kravet i samme grad.

Reglene om discovery er blitt kritisert for å gi parter mulighet for å utføre såkalte fishing expeditions, det vil si at domstolen misbrukes for å få tilgang på informasjon uten rimelig betydning for søksmålet. Discovery er også blitt kritisert for å åpne for at en part kan drøye prosessen, i tillegg til å være en betydelig kostnadsdriver.

Når tvisteloven § 5-3 og sentrale bevisregler i FRCP fremstilles i de neste punktene er hensikten å belyse § 5-3 med de amerikanske reglene. Det som er nevnt om at FRCP først kommer til anvendelse når sak reises, mens (blant annet) § 5-3 får anvendelse før sak reises, innebærer at det oppstår et avgrensningsspørsmål om i hvilken utstrekning reglene om discovery skal fremstilles. Hensikten er på den bakgrunn at fremstillingen kun har til formål å gi et innblikk i reglene om discovery.

4.4.2 Plikten til å opplyse om bevis i tvisteloven § 5-3

Tvisteloven § 5-3 pålegger partene å opplyse om viktige bevis samtidig med at det varsles om krav og grunnlag etter § 5-2.

Regelen er ny med tvisteloven. Tidligere fulgte dette av tvistemålsloven § 111, men da som en plikt etter at saken var reist. Bestemmelsen bygget på det samme formålet som de øvrige bestemmelsene i kapittel 5: En gjensidig bevisopplysningsplikt skal gjøre partene bedre rustet til å vurdere sin rettslige posisjon, hvilket er ment å virke konfliktforebyggende.⁵⁷

Det følger av § 5-3 (1) at både den som fremsetter § 5-2 varsel og den som svarer på varslet har en plikt til å ”opplyse om viktige dokumenter eller andre bevis som parten ikke kan regne med at den annen part er kjent med”. Ordlyden oppstiller en plikt til å sørge for at motparten gjøres kjent med opplysninger som det ikke kan legges til grunn at denne ellers

⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378, Schei (2007) side 242.

ville hatt tilgang til. Begrepet ”bevis” er en henvisning til bevismidler, i motsetning til bevisresultat.

På dette stadiet vil det ofte ha bygget seg opp en mengde bevisopplysninger. Det kan dreie seg om korrespondanse mellom partene, sakkyndige uttalelser, vitner, dokumenter, betenkninger, korrespondanse mellom klient og prosessfullmektiger, video- og lydbåndopptak, kvitteringer eller ulike typer utskrifter (telefonlister, kontooversikter etc.).⁵⁸ Opplysningene kan relatere seg til klargjøring av hovedkravet, eller av mindre vesentlige krav. En del av materialet vil befinne seg hos begge parter, og en del vil befinne seg hos en av partene. Det er denne ubalansen i bevistilgangen som § 5-3 har til hensikt å rette opp.

Ifølge Schei mfl. er en viktig grunn til at alt bevismaterialet skal komme frem før hovedforhandlingen at man skal hindre overrumpling i tingretten.⁵⁹ I NOU 2001: 32A side 463 fremheves det at å hindre overrumpling også er en av fordelene med discovery i amerikansk rett. I norsk rett er ikke denne oppgaven utelukkende lagt til kapittel 5, men det er lite tvilsomt at tidlig bevisavklaring har betydning for å oppnå avklaring av tvistespørsmålene i saken.

Opplysningsplikten etter § 5-3 gjelder uavhengig om vedkommende selv sitter på bevisene, eller i hvis favør beviset går. Bestemmelsen gir verken plikt til å utlevere bevis, eller hjemmel til å kreve bevis utlevert, jf. også Rt. 2009 side 627. At det ikke er opplyst om et bevis, avskjærer heller ikke parten fra å legge frem beviset i en eventuell senere rettssak.⁶⁰ En annen ting er at manglende bevisopplysning kan få konsekvenser for en senere sakskostnadsavgjørelse.⁶¹ Bevisopplysningsplikten gjelder for øvrig med de begrensninger som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak i tvisteloven kapittel 22.⁶²

⁵⁸ Hov (2007) side 266.

⁵⁹ Schei, (2008).

⁶⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378.

⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378. Se punkt 5 nedenfor.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 82 - 83.

At det skal opplyses om ”viktige” bevis er et kvalifiserende kriterium for når plikten slår inn. Et sentralt spørsmål er hvor langt opplysningsplikten går. At et bevis kan fremstå viktig under hovedforhandlingen, innebærer ikke at det nødvendigvis skulle vært opplyst om det i forkant av saksanlegget. Beviset fremstod ikke så viktig på stadiet før saken ble reist, eller det kan ha dukket opp opplysninger i mellomtiden som gir beviset ny aktualitet.

Viktighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i saken som den fremstår når varselet sendes. At et bevismiddel fremstiller seg mer eller mindre viktig vil ofte bero på hvordan andre sider av saken fremstiller seg. Dette er en omstendighet som taler for at partene bør ha et visst slingringsmonn i sin vurdering av beviset. Vurderingen av et bevis er i vesentlig grad en subjektiv øvelse. Dette underbygger på samme måte at partene bør ha et slingringsmonn når de vurderer om et bevis skal anses for viktig nok til at det må opplyses om.

Begrepet, ”viktige [...] bevis” oppstiller en terskel for de bevisomstendigheter som det skal opplyses om. Hvis det gjelder en sak med flere krav av ulik størrelse, kan det oppstå en problemstilling om hvordan begrepet skal forstås. En kan tenke seg et hovedkrav om erstatning for kontraktsbrudd i en entreprise der hovedkravet utgjør 90 % av den totale tvisteverdien, og en rekke mindre krav knyttet til den samme entreprisen som samlet utgjør 10 %. Spørsmålet er om det vil være tilstrekkelig å opplyse om de viktige bevisomstendighetene knyttet til å sannsynliggjøre hovedkravet, eller om det også må opplyses om bevisomstendighetene som vil være viktige for å sannsynliggjøre de mindre kravene for at plikten skal anses oppfylt.

Tatt i betraktning forskjellen i tvisteverdien på hovedkravet og de mindre kravene kan en hevde at bevisene knyttet til de mindre kravene ikke vil være ”viktige” i relasjon til saken samlet sett. Lovteksten i tvisteloven § 5-3 løser ikke spørsmålet, spørsmålet er heller ikke drøftet i forarbeidene.

Et annet spørsmål er hvordan begrepet ”bevis” skal forstås. Dette spørsmålet har sammenheng med spørsmålet i foregående avsnitt. Spørsmålene behandles i det følgende samlet.

Augdahls definisjon av bevismiddel var enhver opplysning som bidrar til dommerens syn på saken, herunder alle tvistesporsmål.⁶³ Hvis bevisbegrepet tolkes så vidt, vil det imidlertid bli vanskelig å håndtere i praksis.

En pragmatisk tilnærming tilsier at bevisets karakter, og hvor informert motparten har rukket å bli, må få betydning for vurderingen. Med bevisets karakter siktes det her til dets antatte bevisverdi. Dersom det er rimelig å forvente at motparten allerede er informert, kan det neppe kreves at denne opplyses på ny. Dette vil igjen bero på hvor mye kontakt det har vært mellom partene og mengden opplysninger de sitter på. Hensynet til avklaring trekker i retning av at beviset som et minimum må ha en slik kvalitet at det kan få betydning for rettens vurdering av kravet for at en opplysningsplikt skal gjelde. Og det må gjelde uavhengig av kravets størrelse når flere krav er reist. Praktiske hensyn i prosessen trekker også i retning av at det ikke skal skilles mellom krav av ulik størrelse.

I forarbeidene er opplysningsplikten begrunnet med at klarhet og informasjon er forutsetninger for at partene kan bedømme sin rettslige stilling og ivareta sine interesser. I tillegg er det vist til de kostnads- og tidsmessige fordelene det kan ha at saken avklares tidligere.⁶⁴ Disse hensynene gjør seg også gjeldende hvor det er reist flere krav.

Eckhoff til forskjell fra Augdahls definisjon, definerer bevisopplysninger som opplysninger som tilsier at et bestemt faktum foreligger eller ikke foreligger.⁶⁵ Det fremstår rimelig at opplysningsplikten begrenses til bevis som kan få betydning for rettens avgjørelse. Henvisningen i forarbeidene til klarhet og informasjon trekker også i retning av at beviset

⁶³ Augdahl (1971) side 186.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 76.

⁶⁵ Eckhoff (1962) side 129.

må være egnet til å gi et reelt bidrag til rettens bevisvurdering. Det vil derfor ikke være grunn til å skille mellom enkeltposter eller mindre og større krav. Konklusjonen er at en opplysning om en omstendighet kan anses som et viktig bevis så fremt opplysningen knytter seg til klargjøring av faktum for et fremsatt krav, uansett kravets størrelse.

Hvis det på tidspunktet da plikten skal oppfylles fremstår rimelig å anta at beviset er viktig for motparten fordi det kan få betydning for rettens avgjørelse, bør det altså opplyses om det. På grunn av vurderingens subjektive karakter må det nok noe til for at en part skal anses for å ha forsømt plikten i § 5-3, men det må nok kunne kreves at vedkommende i hvert fall gjør et forsøk på å se saken fra motpartens ståsted.

For saker som har vært meglet i forliksråd eller en annen tvisteløsningsnemnd kan plikten til å varsle ofte være oppfylt i og med denne saksbehandlingen. Med unntak for tilfeller der parten ønsker å påberope nye påstandsgrunnlag eller supplere med nye bevis for den videre behandlingen.⁶⁶

Det ligger også en forholdsmessighetsbegrensning på opplysningspliktens utstrekning.⁶⁷ Hvis en part mistenker at det finnes bevis som kan være viktige, kan det ikke kreves at denne foretar grundige og kostbare undersøkelser hvis den antatte viktigheten ikke står i forhold til kostnadene. Redelighetsplikten kan likevel tilsi at motparten opplyses om muligheten for bevisets eksistens.

4.4.2.1 Ethiske dilemma

På bakgrunn av partenes plikt til å opplyse om bevis som kan styrke motpartens sak, kan det oppstå et særlig grensedragsningsspørsmål knyttet til hvilke bevis motparten skal opplyses om. Problemstillingen er også drøftet i forarbeidene.⁶⁸

⁶⁶ op. cit. side 82.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 454, Robberstad (2009) side 23.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 207.

Utgangspunktet er som nevnt at hovedansvaret for å opplyse egen sak påhviler de respektive parter.⁶⁹ Det kommer likevel klart til uttrykk gjennom partenes sannhets- og opplysningsplikt etter tvisteloven § 21-4 (2), jf. § 5-3, at opplysningsplikten også omfatter bevis som er til støtte for motparten.⁷⁰ Det kan være naturlig å forstå dette som en presisering av det som allerede følger av lovteksten i § 5-3, det fremgår ikke der noe forbehold for bevis som kan være til støtte for motpartens sak.

I forarbeidene går det frem at sannhets- og opplysningsplikten er ”en grunnleggende retningslinje for [...] å skape et objektivt sett riktig grunnlag for rettens avgjørelse”.⁷¹ Ordlyden gir til uttrykk at plikten til å sørge for riktig og fullstendig opplysning er en sentral prosessplikt.

Advokatforskriften 1.2 (2) pålegger prosessfullmektigen ”innenfor lovens ramme etter beste evne å ivareta sine klienters interesser”. En plikt til å ivareta egne klienters interesse kan komme i konflikt med opplysningsplikten. Selv om hensynet til klienten må stå tilbake for det som følger av loven, kan det oppstå situasjoner som kan kreve vanskelige etiske avveininger om en skal opplyse motparten om bevis som går i dennes favør.⁷² Spørsmålet er om det er noen momenter som kan gi veiledning ved en slik avveining.

Hovedsiktemålet med § 21-4 var å uttrykke et redelighetsprinsipp. Ifølge forarbeidene ”skal [partene] gi sannferdige og uttømmende opplysninger om påstandsgrunnlaget og de bevis som tilbys til støtte for de faktiske anførsler”.⁷³ Ordlyden gir uttrykk for en vid opplysningsplikt og en plikt til å opptre redelig ved oppfyllelse av plikten. Av NOU 2001:32B side 947 som ble fulgt opp i Ot.prp. fremgår det at, ”Det er utvalgets klare oppfatning at kravene til redelighet og god skikk i prosessen bør innskjerpes, og da

⁶⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 454.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 454 jf. side 378.

⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 18.

⁷² Hjort, merknad Lovdata 28.9.2009.

⁷³ *ibid.*

kommer man ikke utenom en regel på linje med den som er foretatt”.⁷⁴ Uttalelsen gir uttrykk for at lovgiver la opp til en innskjerping i partenes plikt til å bidra til generell opplysning av saken. Advokatforskriften 2.2 uttrykker også at et krav til hederlighet og integritet i advokatens virksomhet. Nytt etter tvisteloven er at partene skal dele på ansvaret for opplysning av saken, ansvaret for å opplyse egen sak og underbygge og dokumentere påstander skal altså ikke utelukkende ligge til partene. Det kan derfor hevdes at innføringen av tvisteloven § 5-3 jf. § 21-4 innebar en svekkelse av disposisjonsprinsippet.⁷⁵ Det vil antakelig være i tråd med en svekkelse av disposisjonsprinsippet at kravet til advokatens redelighet samtidig strammes inn.

Foruten at manglende oppfyllelse av bevisopplysningsplikten kan få følger for sakskostnadsavgjørelsen etter § 20-4 bokstav c), kan det også få følger for prosessfullmektigen. Hvis en prosessfullmektig anses for å ha forbrutt seg mot opplysningsplikten på en grov måte. For eksempel ved forsettlig å hindre motpartens tilgang på opplysninger. Kan han bli ansett for å ha handlet i strid med advokatforskriften 1.2 (1) om ”å fremme rett og hindre urett”. I ytterste konsekvens kan det føre til at vedkommende mister bevillingen, selv om praksis indikerer at det skal svært mye til for at dette skal skje. Hjort har stilt spørsmål ved om de sanksjoner retten har til rådighet er tilstrekkelig til at partene overholder regelen. Mitt søk i praksis gav et begrenset resultat, og tilbakemeldinger fra advokater på at domstolene ofte er tilbakeholdende med å håndheve brudd på opplysningsplikten kan tilsi at Hjort reiser et spørsmål som bør utredes nærmere.

Som regel vil det imidlertid sjelden være særlig ressurskrevende å oppfylle bevisopplysningsplikten. En kan alltid opplyse for å være på den sikre siden. Dersom en part skulle være i tvil om et bevis er av en slik kvalitet at det er omfattet av plikten, kan det også godt tenkes at det er et bevis som motparten vil ønske å få tilgang på. I så fall skal det ikke mye til før kravet til redelighet krever at motparten opplyses.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 454.

⁷⁵ Hjort, merknad Lovdata 28.9.2009.

4.4.3 Kort om § 5-3 i lys av FRCP

Reglene i FRCP pålegger altså ikke partene plikter før sak reises. Det kreves heller ikke at motparten informeres om bevis i tilknytning til fremsettelse av complaint og response. Et slikt krav følger heller ikke av den prosessuelle skikken med å sende demand- og response letter.

Vedlegg 2 gir en oversikt som illustrerer sammenhengen mellom de innledende pliktene i en prosess etter FRCP.

At demand og denial letter bygger på en prosessuell skikk uten innholds krav, innebærer at søksmålspretendenten som utgangspunkt står fritt til å sende et demand letter som i innhold og fremstilling villeder saksøktepretendenten om grunnlaget for kravet. Bevisopplysninger kan også fremstilles på en måte som gjør at saksøkte får feil oppfatning av kravets reelle grunnlag. Fraværet av regler om innholdet i demand og denial letter kan derfor innebære et usikkerhetsmoment for disse brevenes egnethet til å avklare og klargjøre tvisten.

Det kan innvendes at tvisteloven § 5-3 ikke gir noen bedre sikkerhet for at de fremsatte opplysningene reflekterer realiteten. Hvis en sak forlikes før hovedforhandlingen, slik at bevisene saksøktepretendenten opplyste om i varselet, aldri fremlegges for retten, er det vanskelig for saksøkte å vite om saksøker egentlig villedet om bevissituasjonen i varselet.

Imidlertid kan det få alvorlige konsekvenser hvis en av partene med prosessfullmektigens hjelp forsettelig villeder motparten om bevissituasjonen, se 4.4.2.1 over om advokatforskriften § 1.2.

Det innebærer derfor en viss beskyttelse mot illojal fremstilling av bevissituasjonen at opplysningsplikten er lovfestet i tvisteloven. Dette er en fordel med tvisteloven § 5-3 opp i mot prosesskikken med demand letter.

I det følgende fremstilles discovery som er regler i FRCP med betydning for hvordan forlik kommer i stand etter amerikansk sivilprosess. Det gis fortløpende kommentarer til tvisteloven § 5-3.

4.4.4 Bevisopplysning i FRCP

4.4.5 Innledning

Bevisreglene i FRCP Title (del) V. har tittelen ”Disclosures and Discovery”. Tvistelovens forarbeider oversetter begrepene til bevisavklaring og bevistilgang.⁷⁶ Discovery er et samlebegrep for den del av prosessen som går ut på bevisavklaring før hovedforhandlingen i amerikansk rett. Begrepet disclosure er snevrere, og omfatter både obligatorisk overlevering av angitte bevisopplysninger og bevistilgang etter særskilte begjæringer.

Bakgrunnen for at reglene om discovery fremstilles er bidraget og betydningen discovery har for at forliksforhandlinger kommer i stand i amerikansk sivilprosess. Ved at reglene initierer den lovfestede utvekslingen av bevis, har reglene også en viss funksjonell likhet med tvisteloven § 5-3.

Reglene i FRCP del V. går da også svært langt i å sikre avklaring og tilgang på bevis. Ifølge de norske forarbeidene går partenes adgang til i detalj å få tilgang til og nedtegnet parts- og vitneforklaringer under saksforberedelsen og å få avklart faktiske tvistepunkter, betydelig lenger, enn den forholdsmessig begrensede adgangen til dette etter norske prosessregler.⁷⁷

Hensikten med reglene er at en fullstendig tilgang på bevis skal hindre overrumpling under rettsaken og fremme tidlig forlik ved at det blir mindre grunn til å prøve saken når partene

⁷⁶ NOU 2001:32A side 461.

⁷⁷ NOU 2001:32A side 461.

er kjent med bevisene. På denne måten antok man at realistiske forliksforhandlinger kunne gjennomføres.⁷⁸

Klargjøringen gir også dommeren et bedre grunnlag for å avgjøre om saken kan avgjøres uten hovedforhandling. Enten ved ”summary judgement” eller ”dismissal”, som kan oversettes til summarisk avgjørelse eller avvisning, etter FRCP rule 56, sml. tvisteloven § 9-8 (forenklet domsbehandling) og rule 12(b). Trusselen om summarisk avgjørelse gir en sikkerhetsklausul mot uforholdsmessig discovery. Ordningen går ut på at en part forsikrer at det ikke gjenstår flere avgjørende bevis å avdekke og ber retten om å fatte en beslutning på det grunnlaget som til da er fremkommet. Trusselen om en tidlig rettsavgjørelse uten hovedforhandling kan gi partene et insentiv til å velge en forliksløsning.⁷⁹

I likhet med tvisteloven kapittel 5 får reglene om discovery også anvendelse før hovedforhandlingen. Men i motsetning til pliktene i kapittel 5 kreves det for at reglene om discovery skal komme til anvendelse at saken er reist.

I det følgende presenteres først hovedtrekkene i kravet om at partene skal avholde et planleggingsmøte. Deretter presenteres rekkevidden av discovery, før en kort omtale av enkelte sentrale instrumenter for discovery. Endelig knyttes noen kommentarer til betydningen discovery må antas å ha for at forlik kommer i stand. Som det fremgår er det viet relativt stor plass i avhandlingen til å fremstille disse reglene. Bak prioriteringen ligger en vurdering av at disse reglene spiller en sentral rolle når forlik kommer i stand i amerikansk sivilprosess, og at de av den grunn er av interesse opp i mot bestemmelsene i tvisteloven kapittel 5.

⁷⁸ Rosenberg (1989) side 2.

⁷⁹ Mercer (2006).

4.4.6 Planleggingskonferansen

Det følger av rule 26(f)(1) at discovery skal åpne med et planleggingsmøte så snart som praktisk mulig, og senest 21 dager før en Pretrial Conference i henhold til rule 16. Møtet skal altså avholdes så snart partene har avklart complaint, response og eventuelle avvisningsinnsigelser. Reglene om complaint og response er omtalt ovenfor. Det kreves ikke at partene møtes fysisk. Se vedlegg 2.

Hensikten med planleggingsmøtet er at partene skal drøfte de fremsatte kravene og innsigelsene og utferdige en plan for discovery. Partene er også pålagt å, ”consider [...] the possibilities for promptly settling or resolving the case”. Ordlyden pålegger partene å vurdere muligheten for et hurtig forlik eller en løsning av saken. En løsning av saken, til forskjell fra et forlik, kan også innebære at saksøker trekker kravet.

Innen 14 dager etter planleggingsmøtet skal partene sende en rapport til retten med en plan for discovery jf. rule 26(f)(2). **Vedlegg 3**, form 35 viser et eksempel på en slik rapport.⁸⁰ Det er verdt å merke seg at partene i form 35, etter punkt 4 ”Other Items” skal ta stilling til sannsynligheten for å komme til forlik, og tvisteløsningsmetoder som kan bidra til forlik. Fokuset på forliksløsningen står altså sentralt.

Dessem fremhever at det er viktig at discovery planlegges grundig, og at prosessfullmektigen konsulterer sin klient for å klargjøre hvilken betydning kostnader og forsinkelser skal få for prosessen.⁸¹ Dessem anbefaler videre at partene alltid vurderer såkalt informal discovery som et alternativ til alminnelig discovery. Ved informal discovery foretar partene egne undersøkelser i stedet for å involvere motparten som ved tradisjonell discovery. Fordelen er at partene kan spare betydelige kostnader og tid.⁸²

⁸⁰ Form 35, vedlegg 3.

⁸¹ Dessem (2007) side 294.

⁸² *ibid.*

Planen som sendes til retten på bakgrunn av planleggingsmøtet, utgjør grunnlaget for rettens ”scheduling og planning order” jf. rule 16(b), og for diskusjoner om discovery på en pretrial conference etter rule 16(c). En scheduling order er en rettslig fastsatt tidsplan for prosessen frem mot hovedforhandlingen. Retten har etter rule 16(b)(2) frist til innen 120 dager etter at saksøkte har mottatt complaint å fastsette en slik tidsplan.

Tidsplanen skal fastsette en rekke frister for partene frem til hovedforhandlingen. Blant annet for når siste part må ha sluttet seg til søksmålet (A), for når discovery skal være slutført (B)(i)(ii) og om discovery av elektronisk lagret informasjon (iii). Tidsplanen skal også inkludere avtaler partene har kommet til om at bevisopplysninger kan unntas. For eksempel at en part ikke må forklare seg, eller avtaler om beskyttelse av konfidensielle opplysninger (iv). Planen skal også fastsette når partene skal møtes før hovedforhandlingen (v), i tillegg til dato for hovedforhandlingen.

Ifølge noten til rule 16 er en funksjonell betydning av tidsplanen at retten tar kontroll tidlig i saken. Fristen gjør prosessen mer effektiv og reduserer ressursbruken slik at partene tvinges til å prioritere det som er sentralt.⁸³ Som det fremgår så bygger rule 16 på en forutsetning om aktiv saksstyring fra retten sammenlignbar med det som gjelder for tvisteloven § 9-4. Etter § 9-4 annet ledd legges det i likhet med etter rule 16 også opp til at retten legger opp en plan for saksbehandlingen frem mot hovedforhandlingen. Funksjonelt sett har reglene til felles at de bidrar til et bevisst fokus på konsentrasjon og proporsjonalitet i prosessen. I tillegg til at de legger et tidsmessig press på partene til å inngå forlik.

Det som er fremstilt i dette punktet gjelder planleggingen av discovery. I det neste punktet fremstilles rekkevidden av discovery, altså om hvor omfattende bevisstilgang reglene legger opp til.

⁸³ Fed. R. Civ. advisory committee’s note, rule 16.

4.4.7 Rekkevidden av discovery

Det fremgår av rule 26(b)(1) ”Scope in General”, at partene kan oppnå discovery om ”any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense”. Ordlyden omfatter alle omstendigheter som er relevante for partenes krav eller forsvar, og ikke er unntatt jf. ”nonprivileged”, antitetisk tolket. Discovery gir altså partene en svært vid tilgang til bevisomstendigheter. Slik er også bestemmelsen gitt anvendelse i rettspraksis.⁸⁴

Denne tilgangen kan imidlertid begrenses etter rule 26(b)(2) dersom retten anser at discovery, i betydningen utnyttelse av adgangen til å få bevisopplysninger, er uforholdsmessig opp i mot de tvistespørsmål som saken reiser. Regelen tar sikte på bevis som vil være overflødige, eller der kostnader eller ulemper med å fremskaffe beviset vil utveie den sannsynlige bevisverdien.

På en måte kan discovery anses for å overoppfylle det som følger av prinsippet om bevisumiddelbarhet i norsk sivilprosess, ved at partene får tilgang på opplysningene før hovedforhandlingen i stedet for at parter og vitner skal forklare seg direkte for den dømmende rett. I begge relasjoner er poenget å fremlegge de bevis som kan tenkes å få betydning for rettens avgjørelse. Formålet med discovery er å eliminere overraskelser gjennom forberedelser, samt at tvisten skal bli best mulig opplyst på et så tidlig stadium av saken som mulig. Som jeg har vært inne på er dette også et formål etter tvisteloven §§ 21-4, 21-5 og 26-5, men formålet er ikke gitt et like konsekvent uttrykk som i discovery.

Hensynet til et riktig resultat er prinsipielt sett gitt mer tyngde i amerikansk prosess, mens norsk prosess i større grad vektlegger hensynene til proporsjonalitet og effektivitet.⁸⁵ En strukturell forskjell fra amerikansk prosess er altså at i norsk prosess får partene ofte alle bevisene første gang opplyst under hovedforhandlingen. Det er altså ved at reglene om discovery bidrar til å avklare tvistespørsmålene på et tidlig stadium at discovery antakelig bidrar til flere og tidligere forlik.

⁸⁴ Dessem (2007) side 238.

⁸⁵ Suskin (2006) Chapter 9.01.

Reglene om discovery er delt inn i tre deler, eller stadier. I den første delen har partene en plikt til uoppfordret å gi hverandre visse opplysninger. Den andre delen innebærer at partene kan begjære at motparten om å utlevere nærmere angitte bevisopplysninger. Mens den tredje delen krever at det uoppfordret gis opplysninger, i tillegg til at en part kan be retten om å pålegge motparten om å fremlegge bevis.⁸⁶ I det følgende gis en kort presentasjon av hvert stadium.

4.4.8 Del 1: Initial disclosures, expert disclosures

Partene er etter rule 26(a)(1) pålagt å gjennomføre ”initial disclosures” 14 dager etter planleggingsmøtet. Såkalte innledende avklaringer går ut på at partene uoppfordret skal fremlegge (i) kontaktinformasjon på personer det er sannsynlig at kan bidra med opplysninger til å støtte partens krav, (ii) kopi, eller beskrivelse av dokumenter og håndgripelige gjenstander som parten er i besittelse av, og (iii) en tapsberegning og bakgrunnsmateriale for tapsberegningen. Det skal også fremlegges (iv) kopi av eventuelle forsikringsavtaler som er relevante for dekning av krav.

Til forskjell fra opplysningsplikten i tvisteloven § 5-3 legger initial disclosures opp til en spesifisert og mer detaljert opplysningsplikt. Partenes sannhets- og opplysningsplikt etter tvisteloven § 21-4 får i likhet med discovery anvendelse også etter at saken er reist, men § 21-4 er langt mer generell i sitt pålegg til partene om å opplyse saken.

Videre følger det av rule 26(a)(2) ”expert disclosures” en plikt til å opplyse om ekspertvitner som parten kan komme til å føre under hovedforhandlingen. Det skal vedlegges en skriftlig rapport som skal gjøre rede for vurderinger eksperten vil komme med, i tillegg til grunnlagsmateriale, opplysninger om ekspertens kvalifikasjoner og om vederlaget. Det skal også vedlegges en liste over saker der eksperten har vitnet i de siste

⁸⁶ Niemeyer (1998) side 39.

fire årene. Expert disclosures fremlegges gjerne nærmere hovedforhandlingen, etter initial disclosures.

I tvisteloven fremgår det av § 9-2 e) at partene skal opplyse i stevningen om hvilke vitner som skal føres og hva de skal forklare seg om, spesifikasjonskravet er imidlertid ikke så strengt som etter FRCP rule 26(a)(2).

Detaljopplysninger gir partene et bedre grunnlag for å sette den riktige verdien på kravet, men øker også kostnadene ved prosessen. Opplysninger om mulige ekspertvitner kan også gi grunnlag for en motpart til å forberede innsigelser mot ekspertvitner som skal uttale seg.

4.4.9 Del 2: Depositions, interrogatories, requests for admission

I den andre delen gis partene adgang til å begjære motparten om opplysninger gjennom å anvende ulike former for begjæringer. Dessem (2007) har gitt et forslag til en hensiktsmessig rekkefølge for fremsettelse av slike begjæringer. Det er denne rekkefølgen som disposisjonen under følger.⁸⁷

Depositions går ut på bevisopptak av en part eller et vitne under forsikring etter rule 27, 28, 30, 31 og 32. Bevisopptaket tas vanligvis på et advokatkontor eller et annet sted utenfor retten og nedskrives stenografisk for senere fremleggelse, enten under discovery eller i hovedforhandlingen. Bevisopptaket består av en utspørring og en krysseksaminasjon.

Formålet er som for discovery ellers å bidra til en balansert tilgang på bevisopplysninger for å unngå overrumpling i retten. En fordel er at bevisopptak kan tas tidlig i prosessen, mens vitnets minne fremdeles er ferskt. Depositions er imidlertid ofte kostbart.

Partene kan ved hjelp av en deposition få tilstrekkelig opplysninger til at de klarer å bli enige om en forliksverdi. Ettersom partene etter FRCP rule 38 kan kreve hovedforhandling

⁸⁷ Dessem (2007) side 294.

med jury som ofte vil ha en avgjørende rolle for utfallet i en sivil rettssak, vil en viktig fordel med depositions være at det kan gi partene en forståelse av hvordan en jury vil oppfatte den som skal avgi forklaring. Vitnets troverdighet kan bli en viktig faktor for beregningen av forliksverdien.

Depositions kan minne om adgangen til å gjennomføre bevisopptak i rettssak etter tvisteloven kapittel 27. Reglene har imidlertid ulik begrunnelse og adgangen for bevisopptak etter tvisteloven er langt snevrere, og er – foruten muligens for Høyesterett – etter hva jeg har forstått lite praktisk i sivile saker.

Interrogatories etter rule 33 går ut på at parten sender en liste med skriftlige spørsmål til motparten som denne skal besvare under forsikring.⁸⁸ En kan tenke seg en tvist etter en bilulykke der saksøkeren hevder at sjåføren forårsaket ulykken ved uaktsom kjøring. Man kan tenke seg at sjåføren skylder på en tredjepart. Saksøkte kan sende et interrogatory og be saksøkeren om å oppgi nøyaktig hva det hevdes at sjåføren unnlot å gjøre og skulle ha gjort. Hvis saksøkeren for eksempel hevder at sjåføren skulle ha varslet en tredjepart, og sjåføren er klar over at det ikke gjelder noen slik plikt, kan saksøkte kreve at retten avviser saken på dette grunnlag etter FRCP rule 41. Slik kan interrogatories avklare tvistes spørsmål.

Et annet instrument for bevisavklaring i del 2 er requests for admissions. Det er en liste med påstander knyttet til kravene som sendes til motparten. Motparten skal under forsikring bekrefte eller avkrefte påstandene, alternativt oppgi hvorfor det helt eller delvis ikke kan tas stilling til påstandene jf. rule 36. Requests for admissions bidrar til å klargjøre tvistes spørsmål ved å snevre inn det som er omtvistet.

Overgangen til det tredje stadiet er flytende og vil bero på når retten velger å gripe inn mot uforholdsmessig discovery. Retten kan for eksempel gripe inn på grunnlag av at begjæringer etter del 2 anses for å ha påført saken en uforholdsmessig kostnadsbelastning opp i mot de tvistes spørsmål som saken reiser.

⁸⁸ NOU 2001:32 A. side 462.

4.4.10 Del 3: Requests for production, pretrial disclosures

På dette tredje stadiet av discovery nærmer en seg hovedforhandling og antakelig er det på dette stadiet at de fleste forlikene skjer.

Rule 34 om requests for production gir partene adgang til å begjære motparten om innsyn i dokumenter, elektronisk lagret informasjon og fysiske gjenstander som motparten har i sin besittelse eller under sin kontroll. Det kan for eksempel dreie seg om å teste, inspisere, fotografere eller på annen måte undersøke, for eksempel en maskin, videomateriale, opptak, datasamlinger, fast eiendom eller annet.

Pretrial disclosures i henhold til rule 26(a)(3) innebærer i likhet med det første stadiet at partene uoppfordret skal fremsette visse opplysninger for hverandre. Pretrial disclosures skal utføres senest 30 dager før hovedforhandlingen. Plikten innebærer at partene skal fremsette opplysninger om vitner, og andre bevis som parten antakelig vil føre, og slike bevis som parten fremdeles vurderer å føre. Det spesielle med pretrial disclosures opp i mot de tidligere stadiene, er at det går ut på å opplyse motparten om bevis som faktisk kan komme til å bli ført. Slik kan pretrial disclosure minne om plikten til å fremsette sluttnlegg etter tvisteloven § 9-10.

4.4.11 Betydningen av discovery for forliksforhandlinger

Det faller utenfor avhandlingen å drøfte inngående om hensiktsmessigheten med discovery opp i mot de norske bevisopplysningsreglene. Det skal imidlertid knyttes noen kommentarer til hvordan discovery må antas å tilrettelegge for realistiske forliksdrøftelser.

Utgangspunktet er at det forut for enhver hovedforhandling i varierende grad vil gjenstå usikkerhet knyttet til hvordan retten vil vurdere tvisten. Som omtalt gir discovery partene tilgang på en omfattende mengde bevisopplysninger for å vurdere grunnlaget for de enkelte kravene. At bevisene kan utredes grundig setter partene i bedre stand til å vurdere

prosessrisikoen. Dette er et utslag av den store vekten FRCP legger på et riktig materielt resultat.

Ettersom bevisvurderingene som foretas i forkant av hovedforhandlingen etter tvisteloven ofte ikke er like omfattende, vil det ved vurdering av prosessrisikoen typisk kunne gjenstå flere usikkerhetsmomenter. Risikoen for et uheldig forlik vil derfor kunne fremstå større for partene til en tvist etter norsk prosessordning enn for partene til en tvist etter amerikansk prosessordning. Saker med jury i amerikansk rett vil imidlertid kunne legge et ytterligere usikkerhetsmoment til vurderingen av prosessrisikoen som vi ikke har i sivile saker i Norge. Juryutvelgelsen er ofte viktig for partene i en slik sak og kan gi seg utslag i vurderingen av prosessrisikoen. De høye sakskostnadene, også relativt til sakskostnader i Norge, er trolig også et moment som øker forliksviljen. Det fremstiller seg altså som at discovery reduserer usikkerheten rundt prosessrisikoen og styrker partenenes selvtillit i forliksforhandlingene. Konsekvensen er trolig flere forlik som reflekterer en mer realistisk fordeling av prosessrisikoen mellom partene. På denne bakgrunn er det grunn til å anta at en stor del av forklaringen bak den høye forliksandelen i USA ligger i reglene om discovery.

4.5 Forliksforhandlinger

4.5.1 Innledning

Prosesskriv med engasjert retorikk, en smørbrødtype med bilag og henvisninger til bevis og lange resonnementer for egen sak kan gi et bittert utgangspunkt for forliksforhandlinger. Derfor er det gitt regler både i tvisteloven § 5-4 og FRCP rule 16 om at partene skal drøfte muligheten for forlik. Plikten til å drøfte kan anses som en obligatorisk våpenhvile før eventuelt fullt ut konfrontasjon. Krig blir imidlertid ofte kostbart.

4.5.2 Plikt til å forsøke å oppnå minnelig løsning etter tvisteloven § 5-4

Den lovfestede plikten til å undersøke muligheten for forlik er ny med tvisteloven § 5-4. Ifølge Schei innebar ikke lovfestingen noen realitetsendring siden partene som regel også tidligere forsøkte å løse tvister minnelig.⁸⁹ I likhet med § 5-3 får ikke bestemmelsen anvendelse før sak bringes inn for forliksrådet, jf. § 5-1 annet ledd.

Ordlyden oppgir at partene skal ”undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises”. Hva som nærmere ligger i kravet til undersøkelser vil bero på den aktuelle tvisten. At plikten påligger ”partene”, i fellesskap, forutsetter at det finner sted en viss kommunikasjon om formålet.

Ifølge forarbeidene er det ”den som vil reise sak som har ansvar for å sette i gang en kommunikasjon om spørsmålet”.⁹⁰ Et spørsmål er om saksøkeren bærer en større del av ansvaret for at plikten oppfylles enn saksøkte. Plikten til å opplyse om krav og grunnlag i § 5-2 er gjensidig. Lovgiveren burde sørget for at det kom klarere frem av ordlyden hvis en annen ordning var tilsiktet for § 5-4. Ristvedt og Nisja (2008) viser til den samme forarbeiduttalelsen, men drøfter ikke om lovteksten åpner for en slik tolkning.⁹¹

Det er heller ikke noe i sakskostnadsbestemmelsene i tvisteloven § 20-2 tredje ledd og § 20-4 bokstav c) som trekker i retning av at § 5-4 må tolkes slik at den som tok initiativ til saken, også har et spesielt ansvar for å ta initiativ til forliksforhandlingene.

Praksis kan tyde på at det er liten bevissthet rundt plikten i § 5-4. Det fremmes ikke nødvendigvis en uttrykkelig forespørsel om forliksforhandlinger.

⁸⁹ Schei, (2009) side 243.

⁹⁰ Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 378, TOSLO-2008-41683.

⁹¹ Ristvedt og Nisja (2008) side 380.

Torp viser til at hver part skal vurdere forliksmuligheten selv, og ta dette opp med motparten.⁹² Hensynet til et balansert forhandlingsklima der begge parter starter likt, taler også for at partene deler ansvaret. Forarbeiduttalelsen tar også utgangspunkt i at plikten påligger begge. Dessuten øker det antakelig mulighetene for forlik hvis partene deler ansvaret. For å oppsummere er det vanskelig å se hvordan saksøkte skal kunne påberope seg saksøkers manglende initiativ til å forhandle frem forlik som fritaksgrunnlag fra sakskostnader.

Hvis partene kommer til at det er ”mulig å løse tvisten i minnelighet”, følger det av ordlyden at de plikter ”og gjøre nærmere forsøk på dette”. Lovteksten fremstår omstendelig. At partene plikter å forsøke å løse tvisten, vil måtte forutsette at visse undersøkelser først foretas for å vurdere muligheten for forlik.⁹³ Det sentrale etter tvisteloven § 5-4 er altså en plikt for partene til å forsøke å løse tvisten i minnelighet.⁹⁴

Spørsmålet er hvilke anstrengelser plikten pålegger partene, herunder om den kan tilsi at partene gjør innrømmelser. En naturlig forståelse av lovteksten, ”forsøke å løse tvisten”, er at plikten kan omtales som en plikt til å forsøke. Det trekkes ikke i retning av at lovgiver tilsiktet en særlig streng aktivitetsplikt. Det ligger i sakens natur at et forsøk på å løse tvisten i minnelighet ikke nødvendigvis vil lede frem og at en av partene da kan komme til å reise saken for domstolen.

Det er et viktig poeng at en minnelig løsning ikke behøver å innebære en mellomløsning. Dersom det er fremsatt krav og innsigelser som er uberettigede, bør disse oppgis. I saker hvor det er tvil med hensyn til et kravs omfang og grunnlag vil det mest fornuftige ofte være et kompromiss.⁹⁵ Hvor langt partene skal strekke seg, og i hvilken grad en mekler bør

⁹² Torp (Rettsdata), Note 181 4.1.2011.

⁹³ Slik også Ristvedt og Nisja (2008) side 381.

⁹⁴ Sml. Ristvedt og Nisja (2008) side 381, og 385.

⁹⁵ Ristvedt og Nisja (2008) side 380.

involveres i forhandlingene, må etter forarbeidene bero på ”tvistens karakter, verdi og kompleksitet”.⁹⁶

Som nevnt legger ikke ordlyden opp til en streng aktivitetsplikt. Ifølge Ristvedt og Nisja skyldes dette at det er partenes subjektive oppfatning om muligheten for forlik som er avgjørende.⁹⁷ Partene plikter ikke å fremsette forlikstilbud, eller å akseptere et dårlig tilbud.⁹⁸ Et annet viktig poeng er at det heller ikke er alle saker det er rimelig å inngå forlik. Se ovenfor i punkt 1.3 om saker der en rettsavgjørelse kan ha en særlig verdi.⁹⁹ Schei påpeker imidlertid at det vil stride mot formålet å begunstige den som fremsetter uholdbare innsigelser mot et krav, gjennom forliksforhandlinger hvor den berettigede part presses til å gjøre innrømmelser.¹⁰⁰ Dersom et rimelig forlikstilbud avslås følger det imidlertid av forarbeidene at dette kan få følger for sakskostnadsavgjørelsen, typisk hvis den som avslår ikke ender med en mer favorabel rettsavgjørelse.¹⁰¹

I merknadene til § 5-4 kommer det til uttrykk, at partene i saker hvor det er tvil både med hensyn til omfang og grunnlag, bør gjøre forsøk på å komme til et kompromiss.¹⁰² Det gis videre til uttrykk at det ”bør fortrinnsvis skje ved direkte kontakt mellom partene, uten hjelp av andre”. Siden partene ofte vil ha behov for rettslig bistand for å forstå lønnsomheten av et kompromiss, kan det være grunn for å tolke uttalelsen som at direkte kontakt mellom partene inkluderer partenes rettslige representanter. Ifølge Ristvedt og Nisja innebærer uttalelsen i merknadene at drøftingsplikten kan oppfylles ved forhandlinger.¹⁰³

⁹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378.

⁹⁷ Ristvedt og Nisja (2008) side 385.

⁹⁸ Schei (2007) side 244.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 83.

¹⁰⁰ Schei (2007) side 244.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 445.

¹⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378.

¹⁰³ Ristvedt og Nisja (2008) side 382.

Bestemmelsen angir også uttrykkelig mekling for forliksrådet, utenrettslig tvisteløsningsnemnd og – mekling som alternative tvisteløsningsmetoder for å forhandle om forlik. I kompliserte saker kan det være grunn til å forsøke utenrettslig mekling. For eksempel i saker med avansert eller omfattende faktum, vanskelige bevisvurderinger og behov for sakkyndige utredninger. Hvilken metode som bør benyttes i slike saker vil blant annet bero på tvistegjenstandens verdi og om partene har advokat. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 63 gis en oversikt over utenrettslige tvisteløsningsordninger.

Ristvedt og Nisja oppsummerer drøftingsplikten med at ”partene må ha gjort et seriøst forsøk på å komme til en minnelig løsning, hvilket betyr at de må utvise reell forhandlingsvilje og gjøre et hensiktsmessig forsøk på å forlike tvisten. Mer kan neppe kreves.”¹⁰⁴ Schei viser til at § 5-4 vil bidra til større bevissthet omkring alternative konfliktløsningsformer, men sier mindre om hvilke nærmere plikter som konkret kan utledes av bestemmelsen.¹⁰⁵ Selv om domstolene til nå virker å ha vært tilbakeholdende med å sanksjonere brudd på § 5-4, så følger det av lovtekst og forarbeider at det dreier seg om en sanksjonerbar rettslig plikt.¹⁰⁶ Som Ristvedt og Nisja gir uttrykk for er det imidlertid neppe grunnlag for å kreve at partene skal strekke seg lenger enn til et reelt forsøk. Hvor langt partene vil strekke seg må være opp til dem selv.

Et særlig spørsmål er om en part kan ilegges sakskostnader for å ha nektet å delta i § 5-4-forhandlinger hvis det må antas at tvisten da hadde blitt løst. Hvis parten unnlot å forsøke å løse tvisten selv om vedkommende måtte forstå at forhandlinger kunne føre til en minnelig løsning vil det innebære at forsøksplikten ikke ble oppfylt. Parten må da kunne ilegges sakskostnader for ikke å ha oppfylt forsøksplikten i § 5-4 jf. § 20-2 (3) eller § 20-4 c).

¹⁰⁴ Ristvedt og Nisja (2008) side 386.

¹⁰⁵ Schei (2007) side 244.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 80.

4.5.3 Rettslig pålagte forliksforhandlinger etter FRCP

Reglene om discovery har som et av flere formål å bidra til forlik. Det er særlig to virkemidler som skal bidra til dette. Et virkemiddel som det er redegjort for ovenfor, er å gi partene bred tilgang på bevisopplysninger for å avklare tvistespørsmålene. Et annet virkemiddel er at retten er gitt hjemmel til å pålegge partene å gjennomføre forliksforhandlinger.

Reglene om rettslig pålagte forliksforhandlinger fremgår av FRCP title III. Pleadings and Motions, rule 16 og title V. Depositions and Discovery, rule 26.

Ansvar for å administrere denne delen av prosessen ligger ordinært til en magistrate, som er en dommer med begrenset myndighet og som er utpekt av de føderale dommerne. Oppgaven innebærer å forberede saker og å lede forliksforhandlinger i tråd med de fullmakter gitt av de ordinære dommerne. Hensikten med ordningen er å bidra til mer effektiv saksavvikling ved de føderale domstolene.

FRCP rule 16 har tittelen Pretrial Conferences. Ifølge rule 16(a) kan domstolen “order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences”. Ordlyden gir anvisning på at retten kan pålegge advokatene, og parter som ikke er representert, å delta på møter før hovedforhandlingen. Ifølge rule 16(a)(5) er et av formålene med slike møter beskrevet som “facilitating settlement”, altså tilretteleggelse av forlik.¹⁰⁷ Et ekstremt eksempel på at slike møter ble pålagt gir *Life Music, Inc. V. Edelstein* (1962). I denne saken ble det avholdt hele 23 pretrial conferences som resulterte i over 1000 sider utskrift.

Av Rule 16(c)(1) som regulerer “Attendance”, altså tilstedeværelse, følger det at retten “may require that a party or its representative be present or reasonably available by other means to consider possible settlement”. Ordlyden innebærer at retten har en diskresjonær

¹⁰⁷ Dessem (2007) side 533.

adgang til å kreve at en part eller dennes representant er tilstede, eller er rimelig tilgjengelig for å vurdere muligheten for forlik. En partsrepresentant kan også sendes i partens sted, forutsatt at denne har de nødvendige fullmakter til å inngå forlik. Slik fullmakt er en forutsetning for at konferansen skal kunne oppfylle formålet om forlik ved realistiske forhandlinger.

I tvisteloven § 5-4 skilles det ikke mellom part og partsrepresentant. Det kan ha å gjøre med at kapittel 5-pliktene er relativt ukompliserte, og i motsetning til rule 16(c)(1) ikke nødvendigvis krever juridisk forståelse. Særlig ettersom reglene får anvendelse før sak reises formelt. For at tvisteloven § 5-4 skal kunne oppfylle sitt formål og man skal kunne si at det er gjort et reelt forsøk på å oppnå minnelig løsning, må det antakelig også kunne kreves at en representant som forhandler på en parts vegne er utstyrt med fullmakt til å inngå forlik. Ved rettsmekling kan selv unnlatelse av å møte personlig få konsekvenser for sakskostnadsavgjørelsen.¹⁰⁸

Rule 16(c)(2) regulerer “Matters for Consideration”, altså temaer til vurdering for pretrial conferences. I noten til bestemmelsen legges det vekt på at hensikten er at bedre planlegging og aktiv saksstyring skal akselerere prosessen og løsningen av saker. Det sentrale temaet for vårt formål fremgår av rule 16(c)(2)(I): “the court may consider and take appropriate action” med hensyn til “settling the case and using special procedures to assist in resolving the dispute when authorized by statute or local rule”. Ordlyden gir retten en diskresjonær adgang til å identifisere forliksmuligheter og tilrettelegge prosessen for forlik, herunder å ta i bruk alternative tvisteløsningsmetoder (ADR-metoder). Regelen har en parallell i tvisteloven § 9-4 annet ledd, bokstav a) som legger til retten å vurdere om det bør gjennomføres rettsmekling eller mekling, og bokstav c) om saken kan løses i et rettsmøte under saksforberedelsen. Regelen har også en parallell i henvisningen til ADR-metoder i § 5-4.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 390.

I tillegg til fordelene med forlik for partene og samfunnet, er fordelene med et redusert sakstilfang et viktig insentiv for domstolene til å presse på for forlik. Hvis en part eller advokat ikke oppfyller plikter pålagt i medhold av rule 16, har retten etter (f) en vid adgang til å pålegge sanksjoner, se punkt 5 nedenfor.

I forbindelse med innføringen av rule 16 uttalte den anerkjente rettsteoretikeren Rosenberg at fokuset med møtene under denne fasen av prosessen hadde gått fra å forberede hovedforhandlingen til å fokusere på å løse tvisten.¹⁰⁹

Plikten til å forsøke å bevege partene mot forlik ved å pålegge forhandlingsmøter før hovedforhandlingen ligger altså til retten, i praksis ofte til magistratene.

Disposisjonsprinsippet stiller i andre rekke mens hensynet til å oppnå fordelene ved en forliksløsning står i forkant. Dette er ikke unikt for FRCP, også tvisteloven legger opp til aktiv saksstyring fra retten for å fremme forlik etter at sak er reist, jf. tvisteloven § 8-1. Bestemmelsen pålegger retten på ett hvert trinn av saken, å vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet. Det er likevel en forskjell i den utstrekning FRCP har lagt ansvaret til retten, mens tvisteloven i større grad legger ansvaret til partene.

Problemet om realistiske forhandlinger praktisk sett gjennomføres er det samme i begge rettsordningene. Men det kan argumenteres for at ordningen med å legge ansvaret til retten er en mer effektiv måte å oppnå kontroll, og å sikre at slike forhandlinger blir gjennomført. Begge ordningene åpner imidlertid for å sanksjonere unnlatelse av å oppfylle forhandlingsplikten, dels også for brudd på de øvrige pliktene som er behandlet i del 4.

¹⁰⁹ Rosenberg (1989) side 6.

5 Sanksjoner ved pliktbrudd

5.1 Innledning

Partene er som regel klar over fordelene med forlik opp i mot tradisjonell domstolsbehandling. Regler for god advokatskikk oppgir dessuten i 3.1.3 at advokaten skal søke å oppnå minnelige ordninger i den utstrekning klientens interesser tilsier det. Håndhevingsmyndighet for brudd på reglene om god advokatskikk er disiplinærnemnden, men domstolene har i en viss utstrekning overprøvingsmyndighet.¹¹⁰ Partene og deres prosessfullmektiger har altså flere grunner til å opptre i samsvar med regler for å fremme forlik. Begrunnelsen for at det likevel er lovfestede regler som kan anvendes til å sanksjonere brudd på pliktene i tvisteloven kapittel 5 ligger i et erstatningssynspunkt og i at oppfyllelse av pliktene skal oppmuntres.¹¹¹ I tillegg skal sanksjonsreglene motvirke at en av partene oppnår urettferdige fordeler ved å unnlate å oppfylle pliktreglene. I den grad sanksjonsreglene håndheves kan de bidra til oppfyllelse av pliktreglene og til flere forlik.

I neste punkt gis en fremstilling av hvordan tvisteloven § 20-2 og § 20-4 gir adgang til å sanksjonere brudd på pliktene etter tvisteloven kapittel 5. Deretter gis en kort fremstilling av sanksjonsreglene som kan komme til anvendelse på de amerikanske reglene som er fremstilt.

5.2 Sanksjoner etter tvisteloven § 20-2 og § 20-4

Hovedregelen om sakskostnader er at den part som har vunnet saken har krav på full erstatning for sakskostnader fra motparten jf. tvisteloven § 20-2 (1). Begrunnelsen ligger i et erstatningssynspunkt, motparten som har tapt anses for å ha fremmet et uberettiget krav.¹¹² Løsningen omtales ofte som the english rule, i motsetning til the american rule som vil bli omtalt i punkt 5.3. Begrunnelsen for hovedregelen begrunner også at ansvaret

¹¹⁰ Rt. 2000 side 1948.

¹¹² Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 443.

¹¹² Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 443.

lempes i den utstrekning den vinnende parten anses for å ha medvirket til sakskostnadene.¹¹³

Det er på denne bakgrunn at tvisteloven § 20-2 (3) og § 20-4 hjemler et unntak fra hovedregelen. Det følger ikke av lovteksten, verken i tvisteloven §§ 20-2 eller 20-4, at bestemmelsene hjemler sanksjoner ved brudd på pliktene i kapittel 5. Under høringen tok Borgarting Lagmannsrett og NHO til orde for at en uttrykkelig henvisning burde fremgå.¹¹⁴ Departementet mente imidlertid at overtredelse av pliktene i kapittel 5 var godt nok dekket uten en slik henvisning. Dermed fremgår det av forarbeidene at tilsidesetting av pliktene i kapittel 5 kan få negative konsekvenser ved en senere sakskostnadsavgjørelse etter §§ 20-2 og 20-4.¹¹⁵

Spørsmålet blir i hvilke tilfeller sanksjonsreglene kan få anvendelse. I det følgende fremstilles først § 20-2 (3), deretter § 20-4.

Ifølge lovteksten i § 20-2 (3) kan motparten helt eller delvis fritas for erstatningsansvar hvis ”tungtveiende grunner gjør det rimelig”. Ordlyden tilkjennegir at det gjelder en høy terskel for at unntak kan bli aktuelt. Forarbeidene gir til uttrykk at det er tale om en unntaksregel, og at det kreves et kvalifisert grunnlag for unntak fra hovedregelen.¹¹⁶ Viktigheten av vilkåret fremgår av Rt. 2011 side 878 jf. Rt. 2010 side 1139. I Rt. 2011 side 878 opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse som var begrunnet i et unntak fra hovedregelen etter tvisteloven § 20-2 (3). Høyesterett anså ikke lagmannsrettens begrunnelse tilstrekkelig når det ikke fremgikk at ”hovedkriteriet i tredje ledd om ”tungtveiende grunner” hadde blitt drøftet.

I samme setning som hovedkriteriet, går det frem at unntaket ”kan” få anvendelse, ”hvis” det er grunner som nevnt. Ordvalget trekker i retning av at det må gjelde et krav til

¹¹³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 16, 445.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 81.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 378, 445, 447, og 81.

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 444.

årsakssammenheng mellom den klanderverdige atferden eller unnlatelsen (som grunnen) og sakskostnadene.¹¹⁷

I andre punktum i tredje ledd er det listet opp momenter til den konkrete vurderingen som må foretas. Det er særlig tredje ledd, bokstav a) og bokstav b) som kan være relevant ved brudd på pliktene i tvisteloven kapittel 5. Bokstav a) gjelder ”om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig avklart etter saksanlegget”. Schei viser til at det kan ha vært tvil av rettslig eller faktisk art av en slik styrke at det var god grunn til å reise sak.¹¹⁸ Ifølge Schei må saken ha vært objektivt tvilsom. Det vil være et moment i en vurdering av om unntaket skal komme til anvendelse om det gjenstod faktisk, og eller rettslig tvil, som kan tilbakeføres til manglende oppfyllelse av tvisteloven §§ 5-2, jf. 5-3. I Rt. 2010 side 1139 går det frem at en konstatering av ”noe tvil” om resultatet ikke vil være tilstrekkelig opp i mot ordlyden, om ”god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom”. Ved en vurdering etter bokstav a) vil det ifølge forarbeidene også være relevant om det kan påvises et brudd på forsøksplikten etter § 5-4. Se eksempelet over i 4.5.2, om en part har avvist å delta på et forliksmøte, og det er sannsynlig at det ikke ville kommet til sak hvis plikten var blitt overholdt.¹¹⁹

Bokstav b) gjelder ”om den vinnende part kan bebreides at det kom til sak eller har avslått et rimelig forlikstilbud”. Momentet kan ha relevans for ethvert pliktbrudd etter kapittel 5, forutsatt at det kan påvises sammenheng mellom pliktbruddet og sakskostnadene. Et eksempel er at den vinnende parten kan bebreides for ikke å ha fremlagt bevis som han måtte forstå ville være viktige for motparten, jf. tvisteloven §§ 5-2 jf. 5-3. Schei viser også til forsømmelse av å opplyse om viktige bevis, eller motvilje mot å drøfte saken med henblikk på å komme til enighet i henhold til § 5-4.¹²⁰ Schei påpeker imidlertid at det vil være liten grunn til å fritta den tapende parten for kostnadsansvaret på grunn av den

¹¹⁷ I samme retning Schei (2007) side 908.

¹¹⁸ Schei (2007) side 904.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 445.

¹²⁰ Schei (2007) side 907, NOU 2001:32B side 930.

vinnende partens manglende forliksvilje hvis denne uansett fikk medhold fullt ut og avgjørelsen ikke bød på tvil.

Det andre alternativet er om den vinnende part har avslått et rimelig forlikstilbud. Ifølge forarbeidene kan et slikt avslag begrunne et unntak, hvis tilbudet ”lå relativt nær opp til det som ble oppnådd i saken”. Forutsatt at tilbudet da det ble fremsatt må ha fremstått fornuftig i lys av slik prosessrisikoen da fremstod,¹²¹ og ble fremsatt tilstrekkelig tidlig til at en aksept ville medført at en unngikk det vesentligste av sakskostnadene. Forarbeidene uttrykker at det bør utvises forsiktighet med å anvende bestemmelsen i saker av prinsipiell interesse der det kan være ønskelig å få en rettsavklaring. Schei påpeker at kjerneområdet for forlikstilbudsmomentet er der en gjennomføring av hovedforhandlingen vil fremstå som uforholdsmessig i betraktning av avstanden mellom krav og tilbud. Ettersom vurderingen etter § 20-2 (3) vil bli gjennomført etter hovedforhandlingen, må tilbudet vurderes slik det fremstilte seg da det ble fremsatt. I LF. 2010-99811 la ikke lagmannsretten vekt på et forlikstilbud som var fremsatt kort tid før ankeforhandlingen. Det ble også vektlagt at dokumentasjonen og begrunnelsen for anken fremstod mangelfull og at dette gav et svakt grunnlag for noen forliksløsning.

Momentet i bokstav c) om saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom, er ikke like relevant for brudd på pliktene etter kapittel 5.

Forarbeidene oppgir riktignok at momentlisten ikke er uttømmende, og at det kan trekkes inn en rekke tungtveiende hensyn for å ”oppnå rettferdige og nyanserte løsninger ut fra kryssende hensyn”.¹²² Blant annet oppgis brudd på pliktene i kapittel 5 som eksempel på en selvstendig ”tungtveiende grunn” som kan begrunne unntak fra hovedregelen.¹²³

¹²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 445.

¹²² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 278.

¹²³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 445.

I Rt. 2011 side 717 aksepterte Høyesteretts ankeutvalg ”dårlig kommunikasjon mellom partene, i et prosjekt som forutsatte et nært og omfattende samarbeid”, som begrunnelse for unntak etter § 20-2 (3).

Også tvisteloven § 20-4 gir et unntak fra hovedregelen i § 20-2. Unntaket innebærer at retten kan tilkjenne sakskostnader uavhengig av sakens utfall og er etter forarbeidene beregnet på ”helt spesielle situasjoner”.¹²⁴ Forskjellen fra unntaket i § 20-2 (3) er at § 20-4 angir alternative vilkår som hver for seg kan begrunne unntak. For brudd på plikter i kapittel 5 er særlig alternativet i bokstav c) relevant: En part kan tilkjennes sakskostnader, ”i den utstrekning sakskostnadene skyldes motparten” jf. også Rt. 2009 side 627. Ordlyden uttrykker erstatningssynspunktet. Det må påvises en årsakssammenheng mellom den annen parts atferd og økte sakskostnader som følge av atferden. I Rt. 2010 side 434 ble alminnelig uaktsomhet ansett tilstrekkelig til å begrunne ansvar. Ifølge Schei tar regelen særlig ”sikte på merkostnader som skyldes kritikkverdige prosesshandlinger eller unnlatelser som innebærer at saken blir vidløftiggjort eller trukket i langdrag”.¹²⁵ I praksis kan det nok være utfordrende å påvise at det foreligger årsakssammenheng.

FRCP rule 16(f) og rule 37 gir retten adgang til å sanksjonere brudd på handlepliktene i FRCP rule 16 Pretrial Conferences og kan minne om tvistelovens sanksjonsregler. Begrunnelsen er også lik. Reglene skiller seg imidlertid fra § 20-2 og § 20-4 ved at retten også er gitt adgang til å sanksjonere prosessfullmektigen.

5.3 Sanksjoner etter FRCP rule 16(f) og rule 37

Hovedregelen om sakskostnader i den amerikanske prosessen kalles ”the american rule”. Regelen som er ulovfestet innebærer at partene er ansvarlige for egne sakskostnader, uavhengig i hvis favør avgjørelsen går. Det finnes unntak, for eksempel hvis motparten har handlet i ond tro, for eksempel ved å holde tilbake viktige opplysninger i discovery.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 51. (2004-2005) side 279.

¹²⁵ Schei (2007), side 919-920.

Både de betydelige sakskostnadene som ofte påløper i discovery, og at partene som hovedregel må dekke de selv, er et viktig insentiv for forlik. Forlik blir på den måten mer attraktivt enn i en norsk prosess, hvor man helst vil få erstattet sakskostnadene.

Et formål med rule 16 er som omtalt over å tilrettelegge for forlik, jf. rule 16(a)(5).

Ved brudd på plikter etter bestemmelsen gir rule 16(f)(2) en adgang for retten til å pålegge ”the party, its attorney, or both to pay the reasonable expenses – including attorney’s fees – incurred because of any noncompliance with this rule”. Ordlyden innebærer at retten kan pålegge parten, dennes advokat eller begge, en plikt til å betale rimelige kostnader, inkludert advokatkostnader, som påløper på grunn av enhver forsømmelse av rule 16. At retten kan sanksjonere advokaten i tillegg til parten selv skiller seg fra tvisteloven. Hvis retten skulle finne at en advokat har gitt råd til klienten i den hensikt å svekke muligheten for et rimelig forlik kan bestemmelsen gi grunnlag for å sanksjonere advokaten. Jeg har imidlertid ikke funnet opplysninger om og i hvilken grad bestemmelsen er brukt til å sanksjonere advokater.

FRCP rule 37 kan gi grunnlag for sanksjoner ved forsømmelse av reglene om discovery. Ifølgende noten til rule 37 er formålet med bestemmelsen å bidra til at reglene om discovery (og disclosure) overholdes av partene.¹²⁶ Det som etter rule 37(a)(1) kan utløse sanksjoner er at en part “failing to make disclosure or discovery”. Altså ikke oppfyller de omtalte pliktene til initial disclosure, expert disclosure, og de øvrige pliktene til å fremlegge bevisopplysninger etter rule 26. Rule 37 gir retten avhengig av hva misligholdet av opplysningsplikten går ut på, tilgang på flere mulige sanksjoner. Etter (b)(2)(A)(i) er retten gitt adgang til å beslutte at fremsatte anførsler og påstandsgrunnlag skal anses som bevist, uten at den forsømmende parten gis adgang til å komme med ytterligere innsigelser. Retten har også adgang til å fastsette at prosessen skal stanses inntil forsømmelsen er rettet (iv), at saken helt eller delvis avvises (v), eller å fastsette fraværdom (vi). I likhet med rule 16(f)(2) kan sanksjonen etter (C) gå ut på en plikt til å erstatte merkostnadene som er en

¹²⁶ Fed. R. Civ. Pro. Advisory committee’s note, rule 37.

følge av forsømmelsen. Det er i utgangspunktet kun sanksjonen etter (C) som baserer seg på erstatningssynspunktet som tilsvarer sanksjonsadgangen etter § 20-2 (3) og § 20-4.

Rettens adgang til å sanksjonere etter FRCP åpner altså for mer kreative sanksjoner og sterkere reaksjoner enn det som følger av tvisteloven. Av den grunn vil sanksjonsreglene i FRCP antakelig ha en sterkere preventiv effekt enn sanksjonsreglene i tvisteloven. Distriktsrettene i USA har riktignok blitt kritisert for å være tilbakeholdne med å håndheve sanksjonsreglene.¹²⁷ Etter samtale med flere advokater og en tingrettsdommer, har jeg inntrykk av at en viss tilbakeholdenhet ved håndhevingen av sanksjonsreglene også gjelder ved brudd på plikter i kapittel 5. For amerikanske forhold gav advokatene Hille og Juceam imidlertid til uttrykk at føderale dommere som regel var strengere på å håndheve sanksjonsregler enn statlige dommere. *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.* gir et eksempel på streng håndheving. I saken opprettholdt Supreme Court en beslutning om å avvise en sak fordi saksøkeren ikke hadde rettet seg etter et pålegg om discovery. Retten uttalte:

“the most severe in the spectrum of sanctions provided by statute or rule must be available to the district court in appropriate cases, not merely to penalize those whose conduct may be deemed to warrant such a sanction, but to deter those who might be tempted to such conduct in the absence of such a deterrent”.

Ifølge uttalelsen må retten kunne ta i bruk de hardeste sanksjonene som følger av loven når det er grunnlag for det. Ikke bare for å straffe brudd på pliktene, men også for å avskrekke de som skulle la seg friste til slik atferd.

¹²⁷ Dessem (2008) side 451.

6 SAMMENFATNING

Problemstillingen for avhandlingen var å fremstille bestemmelsene i tvisteloven kapittel 5 i lys av utvalgte regler i amerikansk sivilprosess. Dette ble en utfordrende oppgave, spesielt på grunn av de store systematiske forskjellene mellom hvordan norsk og amerikansk sivilprosess er lagt opp. Studiet av amerikanske prosessregler har bydd på flere aha-opplevelser. De amerikanske prosessreglene som er fremstilt vil antakelig ha begrenset overføringsverdi til norsk sivilprosess. Som inspirasjon, og grunnlag for videre refleksjoner rundt de formål som tvisteloven kapittel 5 skal ivareta, mener jeg imidlertid at de amerikanske bestemmelsene kan ha en verdi.

Reglene i tvisteloven kapittel 5 har funksjon som et hvileskjær i prosessen, med plikter som er pålagt partene for å tilrettelegge for forlik. Når disse reglene sammenlignes med prosessregler i USA, fremstår de imidlertid noe tannløse. Dette tatt i betraktning den begrensede adgangen domstolene har til å sanksjonere regelbrudd, men også den tilsynelatende begrensede håndheving av de sanksjonsreglene som faktisk står til domstolenes disposisjon. Pliktene i kapittel 5 har et klart formål om å klargjøre og løse saker før saksanlegg. For at pliktene skal tjene dette formålet bedre kan det tenkes at domstolene bør komme sterkere på banen når det gjelder å sanksjonere brudd på pliktene.

7 REGISTER

7.1 Lover

Federal Rules of Civil Procedure, 1. desember 2010

Lov av 17. juni 2005, nr 90, Tvisteloven

Lov av 13. august 1918, nr 6, Tvistemålsloven (Opphevet)

7.2 Forarbeider

NOU 2001:32A Rett på sak

NOU 2001:32B Rett på sak

Ot.prp.nr.51 (2004-2005)

Federal Rules of Civil Procedure, advisory committee's notes

Proposition 202, Lawyer Contingent Fee Limitation Act (avslått lovforslag 26. Mars 1996)

7.3 Rettspraksis

Rt. 2011 side 878

HR-2011-1941-U

Rt. 2010 side 1139

Rt. 2011 side 717

Rt. 2010 side 434

Aschroft vs. Iqbal, 556 U.S. 662, 129 S.Ct. 1937, 2009

Rt. 2009 side 627

Bell Atlantic Corp. vs. Twombly, 550 U.S. 544, 2007

Rt. 2006 side 179 (Støvlettdommen)

Rt. 2000 side 1948

National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc., 427 U.S. 639 (per curiam), 1976

Life Music, Inc. V. Edelstein, 1962.

Conley v. Gibson, 355 U.S. 41, 1957

LF. 2010-99811

LH. 2010-42986

LB. 2009-135390

LE. 2008-170803

TOSLO 2008-41683

TSTAV 1998 side 401

7.4 Litteraturliste

- | | |
|---------------------|---|
| Augdahl, Per | Norsk civilprosess. 4. utgave, Oslo, 1971. |
| Blandhol, Sverre | Fire Problemer på veien mot forlik I:
Tidsskrift for Forretningsjus side 36 – 60,
2011. |
| Bøhren, Ødegaard | Norsk eierskap: Særtrekk og sære trekk,
studentavhandling, Handelshøyskolen BI,
2002. |
| Dessem, R. Lawrence | Pretrial Litigation: Law, Policy and Practice,
4. utgave, 2007. |
| Eckhoff, Torstein | Sivilprosess, 2. utgave, Oslo, 1962. |
| Glannon, Joseph W. | Civil Procedure, 6. utgave, 2008. |
| Hov, Jo | Rettergang 1, Oslo, 2007. |
| Mauet, Thomas A. | Pretrial, 7. utgave, 2008. |
| Cooper, Edward H. | Revitalizing FRCP 68: Can offers of judgment
provide adequate incentives for fair, early
settlement of fee-recovery cases? I: Mercer, L.
Rev. 839, våren 2006. |
| Michelsen, Hans M. | Sivilprosess, Oslo, 1999. |

Niemeyer, Paul V.	Here We Go Again: Are the Federal Discovery Rules Really in Need of Amendment? I: 39 B.C.L. Rev. 517, 1998.
Reitz, John C.	How to Do Comparative Law I: 46 AM. J. COMP. L. 617, 1998. Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure I: 75 Iowa L. Rev. 987, mai 1990.
Ristvedt, Nisja	Alternativ Tvisteløsning, Oslo, 2008.
Rosenberg, Maurice [et. al.]	The 50th anniversary of the federal rules of civil procedure I: 137 U. Pa. L. Rev. 2197, juni 1989.
Schei m.fl., Tore	Tvisteloven Kommentarutgave, 2007.
Suskin, Howard S. [et. al.]	Federal Litigation Guide, 2004.

7.5 Andre dokumenter

House Committee Report 109-123	Lawsuit Abuse Reduction Act of 2005, 2005-2006.
Procedures for the Conduct of Business by the Judicial Conference Committees on Rules of Practice and Procedure	http://www.uscourts.gov , [sitert 17. september 2011].
Schei, Tore	Kronikk av justitiarius Tore Schei om ny Tvistelov, http://www.domstol.no/DAtemplates/Article_17533.aspx [sitert 23. mars 2011].
Torp, Sigurd Holter	Rettsdata, www.reettsdata.no , [sitert 21. februar 2011].
NTB	Smedvig den store taperen i Balder-saken. I: Offshore. 30. juli 2003
Ukjent journalist	Madoff skandalen. I: Dagens Næringsliv 5. mars 2010
Ukjent journalist	Statoil forlik 875 millioner. I: Dagens Næringsliv 5. mars 2010.
Ukjent journalist	Madoff-skandalen. I: Forbes, 2.februar 2011.
Ukjent journalist	Madoff-skandalen. I: NY Post 2.februar 2011.

7.6 Møter

Hille, David

Partner, Head of White & Cases amerikanske
tvisteløsningsavdeling, 16. november 2010.

Juceam, Robert L.

Partner, Fried Frank, tvisteløsningsavdeling,
16. november 2010.

8 Lister over tabeller og figurer m v

Civil Court Structure Vedlegg 1
<http://www.nycourts.gov/courts/structure.shtml>
[hentet februar 2011]

Prosessuelle plikter i amerikansk Vedlegg 2
føderal sivilprosess, egenprodusert, 2011

Form 35. Report of Parties' Planning Meeting, vedlegg til FRCP. Vedlegg 3